

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Riigi- ja haldusõiguse õppetool

Veiko Faster

**KVALIFITSEERIMISTINGIMUSTE PROPORTSIONAALSUS
RIIGIHANKEMENETLUSTES**

Magistritöö

Juhendaja Prof Kalle Merusk
Kaasjuhendaja Marko Mehilane

Tartu
2013

Sisukord

SISSEJUHATUS	3
1. PROPORTSIONAALSUSE PÕHIMÕTE RIIGIHANKEÕIGUSES	8
1.1. Proportsionaalsuse põhimõttest tulenevad piirangud hankija otsustusvabadusele kvalifitseerimistingimuste seadmisel	8
1.1.1. Proportsionaalsuse põhimõtte kolmeastmeline kontrolliskeem	12
1.2. Proportsionaalsuse põhimõtte haakumine konkurentsi tagamise, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega	16
1.3. Proportsionaalsuse põhimõtte ja kaalutusotsuste põhjendamise kohustus	24
2. PROPORTSIONAALSUSE PÕHIMÕTTE JÄRGIMINE	
KVALIFITSEERIMISTINGIMUSTE SEADMISEL	33
2.1. Kvalifitseerimistingimuste seadmise põhimõtted	33
2.2. Proportsionaalsuse põhimõtte järgimine pakkuja majandusliku ning finantsilise võimekuse kontrollimisel	38
2.2.1. Varasemate aastate netokäibe nõue	41
2.2.2. Hankelepingu täitmiseks vajalike rahaliste vahendite olemasolu nõue	49
2.2.3. Kutsealase vastutuskindlustuse nõue	51
2.3. Proportsionaalsuse põhimõtte järgimine pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kontrollimisel	53
2.2.1. Varasematele referentsobjektidele esitatavad nõuded	54
2.2.2. Võtmeisikutele esitatavad nõuded	63
2.2.3. Registreeringute ja tegevuslubade nõuded	66
KOKKUVÕTE	70
The Proportionality of Qualification Criteria in Public Procurement Procedures	74
KASUTATUD ALLIKAD	79
Kasutatud kirjandus	79
Kasutatud normatiivmaterjalid	82
Kasutatud kohtupraktika loetelu	83
Muud allikad	85
LISAD	87
Lisa 1 – Direktiivi 2004/18/EÜ artiklid 46 - 48	87
Lisa 2 – Riigihangete seaduse §-d 40 ja 41	90
Lisa 3 – Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu ja seletuskiri	94

SISSEJUHATUS

Avaliku sektori asutused on Euroopas suurimad tarbijad, kes kulutavad igal aastal ligi 2 triljonit eurot, mis vastab 19 %-le Euroopa Liidu sisemajanduse koguproduktist.¹ Riigihankedirektiividel on seetõttu väga suur majanduslik ja poliitiline mõju.

Euroopa riigihankeõiguse ajalugu ulatub 1971. aastasse, mil võeti vastu direktiiv 71/305/EMÜ. Praegu kehtivad 2004. aastal vastu võetud Euroopa Liidu riigihankedirektiivid 2004/17/EÜ² ja 2004/18/EÜ³. Käesolevas töös ja selle lisades piirdatakse laiemat mõju omava nn „klassikalise sektori“ ehk ehitustööde, asjade ja teenuste riigihankelepingute direktiivi nr 2004/18/EÜ (edaspidi ka direktiiv 2004/18/EÜ) käsitlemisega.

Euroopa Liidu hankedirektiivide eesmärk on tagada Euroopa Liidu toimimise lepingu üldpõhimõtete (kaupade ja kapitali vaba liikumine; ettevõtjate asutamisevabadus ja teenuste osutamise vabadus) järgimine riigihangetel. Üldpõhimõtetest tulenevad järgmised riigihangete aluspõhimõtted: võrdne kohtlemine ehk mittediskrimineerimine; proportsionaalsus ja läbipaistvus.⁴

Riigihankeõiguse ühe üldpõhimõttena on riigihangete seaduse⁵ (edaspidi ka RHS) § 3 p-s 3 sätestatud, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. RHS §-i 39 lg 1 kohaselt peavad kvalifitseerimise tingimused olema piisavad pakkuja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. RHS ja teised riigihangete valdkonda reguleerivad õigusaktid aga ei sätesta, missuguseid kvalifitseerimise tingimusi loeb seadusandja proportsionaalseks hankelepingu eseme olemuse, koguse ja otstarbe suhtes.

¹ Keskkonnahoidlik ostmine. Keskkonnahoidlike riigihangete käsiraamat. Euroopa Komisjon, 2011. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_et.pdf (19.02.2013).

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv 2004/17/EÜ, vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlustest. - ELT L 134, 30.4.2004, lk 1-113.

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimisest. - ELT L 134, 30.4.2004, lk 114-240.

⁴ E, Karindi-Kask jt (koost.). Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium, 2012. lk 10. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca&groupId=11726 (05.01.2013).

⁵ Riigihangete seadus. - RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 06.07.2012, 13.

Uurimisprobleemina näeb magistritöö autor hankijate piiratud teadmisi kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsusest ja sellest tulenevalt kvalifitseerimistingimuste seadmisel proportsionaalsuse põhimõtte nõudega mitte arvestamist. Tegemist on aktuaalse probleemiga, kuna proportsionaalsuse põhimõtte erinev sisustamine põhjustab hulgaliselt hankevaidlusi.

Kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse küsimust pole autorile teadaolevalt Eestis varem teaduslikult uuritud. Rahandusministeeriumi poolt avaldati 2007. aastal riigihangete juhis ⁶ ning 2010. aastal juhendmaterjal „Riigihanke läbiviimise praktilisi nõuandeid toetuse saajale.“ ⁷ Kvalifitseerimisega seonduvat nendes kahjuks süvitsi ei käsitleta. Kvalifitseerimisnõuetest antakse põgus ülevaade ka Eesti standardi „Ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamine“ viiendas peatükis „Taotlejatele ja pakkujatele esitatavad üldnõuded“. ⁸ Käesolevas töös piirduakse kvalifitseerimistingimuste analüüsiga. Kuigi ka kõrvaldamine toimub kvalifitseerimise etapis, siis kõrvaldamise problemaatikat käesolevas töös ei käsitleta, kuna selle kohta on kirjutatud eraldi väitekirju (nt 2012. a. Kadri Teder'i poolt TÜ-s kaitstud magistritöö ⁹).

2012. augustis viis Tartu Ülikooli sotsiaalteaduslike rakendusuuringute keskus RAKE Riigikantselei tellimusel läbi uuringu „Riigihangete valdkonna kaardistamine“, milles osundatakse kvalifitseerimistingimuste seadmisega seonduvale problemaatikale: „pakkujate hinnangul on kitsaskohaks hankijate ebaühtlane tase hankedokumentatsioonide koostamisel, sageli on need liiga mahukad ja laialivalguvad. Samas on lisatud kõrgendatud kvalifitseerimistingimused, mis ei ole kooskõlas vastava hanke mahu või sisuga, need kitsendavad võimalikku pakkujate ringi, muudavad hanke kallimaks (nt mõne sertifikaadi olemasolu või varasema kogemuse nõue) või võimaldavad hanget suunata ainult konkreetsele pakkujale (ehk varjatud korruptsioon).“ ¹⁰

Kvalifitseerimistingimuste seadmine põhjustab hulgaliselt arusaamatusi, mille tõttu kannatavad nii pakkujad kui hankijad. Kvalifitseerimise tingimused ja nendele vastavuse

⁶ Riigihangete juhis (viide 4).

⁷ Riigihanke läbiviimise praktilisi nõuandeid toetuse saajale. Rahandusministeerium: 2010. – Arvutivõrgus: http://www.kik.ee/sites/default/files/stories/ST/RH_Koolitusmaterjal.pdf (06.01.2013).

⁸ Eesti standard EVS 915:2012 „Ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamine“. Eesti standardikeskus. EVS Teataja, 2012. august (koopia autori valduses).

⁹ K. Teder. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. – Arvutivõrgus: http://dSPACE.utlib.ee/dSPACE/bitstream/handle/10062/26726/Teder_Kadri.pdf?sequence=1 (22.12.2012).

¹⁰ Tartu Ülikooli sotsiaalteaduslike rakendusuuringute keskuse uuring „Riigihangete valdkonna kaardistamine“ – Arvutivõrgus: http://www.ec.ut.ee/sites/default/files/ec/riigihangete_valdkonna_kaardistamine_-_loppraport.pdf (04.02.2013).

hindamine (kvalifitseerimise või kvalifitseerimata jätmise otsus) on kõige levinumad vaidlustuste esitamise põhjused. Riigihangete seaduse eelnõu 668 seletuskirjast võime lugeda järgmist: „vaidlustuskomisjoni 2009. aasta otsuste analüüsist nähtuvalt on 99% vaidlustuste rahuldamise juhtudest seotud hankijate ebapädevusega kas juba hankemenetluse planeerimise ja dokumentide koostamise faasis või siis hankemenetluse raames otsuste tegemisel ehk kaalutlusõiguse sisustamisel (sätestab ebaproportsionaalsed kvalifitseerimistingimused, ei pea iseenda seatud kvalifitseerimise- või hindamise tingimustest kinni jne). Lahendite analüüsist nähtuvalt on vajaka oskustest ja kogemustest riigihankealaste kaalutlusotsuste tegemiseks, tehniliste kirjelduste koostamiseks ja nendest tulenevate hanketingimuste määratlemiseks.“¹¹

2012. aastal esitati Riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi ka VaKo) 272 vaidlustust (pakkujate poolt vaidlustati iga 33. hankemenetlus). 2012. aastal esitatud vaidlustustest võeti menetlusse 200. Pakkuja kvalifitseerimise otsus oli menetlusse võetud vaidlustuse esemeks 47 korral ja pakkuja kvalifitseerimata jätmise otsus 26 korral. Hanketeates sätestatud kvalifitseerimise tingimusi vaidlustati 11 korral ja hankedokumentides sätestatud kvalifitseerimise tingimusi vaidlustusi 7 korral. Läbi vaatamata jäetud vaidlustustes vaidlustati kvalifitseerimise tingimusi 6 korral.¹²

Magistritöö eesmärk on välja selgitada, millisel määral järgitakse proportsionaalsuse põhimõtet riigihankemenetlustes kvalifitseerimistingimuste seadmisel sobiva pakkuja leidmiseks ning kuidas saavutada kvalifitseerimistingimuste seadmisel nende proportsionaalsus.

Autor püstitab töös järgmised hüpoteesid:

- 1) Eestis ei ole proportsionaalsuse põhimõtte sisu ja selle tagamiseks tarvilikud meetmed kvalifitseerimistingimuste seadmisel selged;
- 2) proportsionaalsuse põhimõtte sisustamine kvalifitseerimistingimuste seadmisel on nii hankijatele kui ka vaidlustuskomisjoni liikmetele ühtsete reeglite puudumise tõttu ebaselge;
- 3) kvalifitseerimistingimuste kehtestamise otsuse põhjendamise kohustus aitab kaasa kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse saavutamisele.

¹¹ Riigihangete seaduse eelnõu 668 seletuskiri. - Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file... (12.01.2013)

¹² Vaidlustuste esitamine ja läbivaatamine 2012. aastal. Rahandusministeerium. – Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216099&folderId=54352&name=DLFE-20101.pdf, lk 1-2 (05.01.2013).

Töö koosneb kahest peatükist. Esimeses peatükis avatakse vaidlustuskomisjoni lahenditest ja kohtupraktikast lähtudes ning avaldatud teoreetilistele käsitlustele tuginedes kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse mõiste. Peatükis uuritakse, milliseid nõudeid seab proportsionaalsuse põhimõtte riigihankeõiguses kvalifitseerimistingimuste rakendamisel? Kvalifitseerimistingimuste seadmisel tuleb arvestada konkurentsi ärakasutamise, võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtetega. Hankijatele on RHS-iga antud suur otsustusõigus kvalifitseerimistingimuste seadmise kaudu konkurentsi piiramisel. Kvalifitseerimistingimuste kehtestamise eesmärk on valida välja hankelepingu täitmiseks piisavalt võimekad ettevõtjad. Seega omab kvalifitseerimistingimuste kehtestamine mõju pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttele. Võrdse kohtlemise põhimõtte tähendab ka kohustust tagada läbipaistvus, et võimaldada kontrollida selle põhimõtte järgimist. Võrdne kohtlemine ja läbipaistvus loovad eeldused konkurentsi paremaks ärakasutamiseks. Kuna kvalifitseerimistingimuste seadmisel tuleb arvestada konkurentsi tagamise, võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtetega ning need avaldavad proportsionaalsuse põhimõttele mõju, väärivad ka need käesolevas töös põgusat käsitlust.

Kvalifitseerimistingimuste seadmisel on hankijal õigus valida, milliseid tingimusi RHS-s sätestatud loetelust kohaldada ja kui kõrgeid nõudeid võib seada. Hankijad on kohustatud põhjendama kaalutlusõiguse alusel langetatud otsuseid. Langetatud otsuste põhjendamist nõuab ka läbipaistvuse tagamise põhimõtte. Töös uuritakse, kas haldusmenetluses tuntud otsuste põhjendamise kohustus aitab kaasa kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse saavutamisele? VaKo ja kohtulahendite näidete varal selgitatakse põhjendamiskohustuse olulisust.

Töös uuritakse, kas proportsionaalsuse põhimõtte täitmise kontrollimisel rakendatava kolmeastmelise kontrolliskeemi tundmine aitab kaasa proportsionaalsuse tagamisele?

Teises peatükis uuritakse, millised suunised ja põhimõtted on esitatud riigihangete seaduses ja riigihangete direktiivis kvalifitseerimistingimuste seadmisel proportsionaalsuse tagamiseks ning missugused on riigihankeõiguse valdkonna arvamusi liidrite seisukohad. Peatükis kontrollitakse ka seda, kas riigihangete seaduses ja riigihangete direktiivis esitatud kvalifikatsiooni kontrollimist käsitlevad normid on kooskõlas. Peatüki põhimahu moodustab kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse küsimuses viimastel aastatel esilekerkinud vaidlustuste analüüs. Lahendite varal uuritakse, millised on hankijate enimlevinud eksimused kvalifitseerimistingimuste seadmisel. Töö piiratud mahtu arvesse võttes ja töö suunitlusest

tulenevalt käsitletakse vaid selliseid kvalifitseerimistingimusi, mille puhul võib tulenevalt hankija otsustusvabadusest esineda proportsionaalsuse nõude rikkumisi. Autor esitab läbivalt olulisemad järeldused ja soovitused.

Teemakohase kirjanduse nappust arvestades kasutatakse magistritöös asjakohaseid Euroopa Kohtu, Eesti kohtute ja riigihangete vaidlustuskomisjoni lahendeid; Euroopa Liidu ja Eesti õigusakte ning õigusakte selgitavaid allikaid. Kirjandusallikate hulka kuuluvad ajakirjas „*Public Procurement Law Review*“ avaldatud artiklid ning valdkonna asjatundjate, nagu Bovis, Arrowsmith, Trepte, Graells, Treumer jt teosed. Töös on kasutatud ka kodumaist õiguskirjandust.

Käesolev magistritöö on teoreetiline uurimus. Uurimismeetoditest kasutatakse töös peamiselt kehtiva õiguse analüüsi ning võrdlevat meetodit.

Töö kokkuvõttes hindab autor, kas RHS-i kvalifikatsiooni kontrollimist sätestav regulatsioon vajab proportsionaalsuse ja konkurentsi tagamise põhimõtete parema saavutamise nimel täiendamist ning annab selle kohta omapoolsed ettepanekud *de lege ferenda*’s.

Sissejuhatuse lõpetuseks soovib autor tänada juhendaja prof Kalle Meruskit ja kaasjuhendaja Marko Mehilast saadud abi ja nõuannete eest. Tänuõnad kuuluvad ka Tartu linnavalitsusele, mis on loonud hea keskkonna autori erialaseks arenguks riigihankeõiguse valdkonnas.

1. PROPORTSIONAALSUSE PÕHIMÕTE RIIGIHANKEÕIGUSES

1.1. Proportsionaalsuse põhimõttest tulenevad piirangud hankija otsustusvabadusele kvalifitseerimistingimuste seadmisel

Proportsionaalsuse printsiip on kõige sagedamini kasutatav vahend haldusorganite otsuste, eriti kaalutusotsuste kontrollimiseks.¹³ Proportsionaalsuse kontrollimise kaudu saab tagada huvitatud isikute ehk pakkujate õiguste kaitse hankija kaalutusõiguse piiride ületamisel kvalifitseerimistingimuste seadmisel.

Proportsionaalsuse põhimõtet on põhjalikult käsitlenud Triipan, kes leidis, et proportsionaalsuse põhimõtte rakendamise tulemus pole kunagi selge. Proportsionaalsuse põhimõtte ei paku selget ja konkreetset lahendust, vaid üksnes konkreetse suuna või tee selleni jõudmiseks.¹⁴

„Proportsionaalsuse põhimõttel on Euroopa Liidu õiguses üldpõhimõtte seisund. /.../ Proportsionaalsuse põhimõtte sisu suhtes on Euroopa Kohtu lähenemine üsna paindlik ja võib isegi öelda, et ebamäärane. Euroopa Liidu õiguses sõltub proportsionaalsuse põhimõtte rakendamine suuresti konkreetsetest asjaoludest ning rakendatav kontrolliskeem võib märkimisväärselt varieeruda.“¹⁵ Proportsionaalsuse põhimõtte ei saa niikuinii kusagil omandada lõpuni formaliseeritud ranget sisu, elu piiritu mitmekülgsus seab siin omad piirid.“¹⁶

Euroopa Ühenduse õiguses peaaegu polegi valdkondi, kus proportsionaalsuse põhimõtte ei oleks asjakohane.¹⁷ Euroopa Kohus on selgelt märkinud, et proportsionaalsuse põhimõtte on üks Euroopa Ühenduse õiguse üldpõhimõtetest. Kohus leidis, et selle põhimõtte kohaselt peab majandustegevuse keeld olema kohane ning vajalik, saavutamaks asjaomaste õigusaktidega taotletavaid legitiimseid eesmärgi, ja kui esineb mitu sobivat meetet, tuleb valida kõige leebem ning tekkiv koormis ei tohi olla eesmärgi suhtes ebaproportsionaalne.¹⁸

¹³ Principles of Good Administration in the Member States of the European Union. Statskontoret, 2005:4. – Arvutivõrgus: <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf> (08.03.2013).

¹⁴ M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõtte põhiõiguste kaitsel. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool, 2005.

¹⁵ M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõtte Euroopa Liidu õiguses. – Juridica 2006/3, lk 158.

¹⁶ I. Tammelo. Osund. teos, lk 318; M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõtte Euroopa Liidu õiguses, lk 158.

¹⁷ T. Tridimas. The General Principles of EC Law. Oxford University Press 2000, lk 90.

¹⁸ EKO 13.11.1990, C-331/88, *The Queen versus Minister of Agriculture, Fisheries and Food ja Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa jt.*

Euroopa Üldkohus hinnangul nõuab proportsionaalsuse põhimõtte, et institutsioonide tegevus ei läheks kaugemale sellest, mis on asjaomaste õigusnormidega taotletavate õiguspäraste eesmärkide saavutamiseks kohane ja vajalik, ning juhul, kui on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet ning tekitatud piirangud peavad olema vastavuses seatud eesmärkidega¹⁹.

Avaliku võimu tegevus peab olema selline, et laiemas kontekstis oleks tagatud indiviidide vabadused ja samal ajal püüeldaks sotsiaalse õigluse poole. Proportsionaalsuse printsiibi rolliks sellistes tingimustes ongi olla üheks kriteeriumiks avaliku võimu poolt taotletavate eesmärkide ja põhiõiguste piirangute kaalumisel.²⁰

Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seaduse²¹ §-st 2 tuleneb Eesti Vabariigi kui Euroopa Liidu liikmesriigi kohustus lähtuda ühenduse õiguses rakendatavatest õiguse üldprintsiipidest, sh ka proportsionaalsuse printsiibist.

Eesti õiguskirjanduses on proportsionaalsuse põhimõtte seosele põhiseaduse §-ga 11 on esimesena viidanud prof Merusk, kes märkis, et HMS § 3 lg 2 toetub PS §-le 11.²² Kvalifitseerimistingimuste seadmisega piiratakse ettevõtjate õigusi. Põhiseaduse § 11 lause 2 sätestab, et õiguste ja vabaduste piiranguid võib kehtestada ainult siis, kui need on demokraatlikus ühiskonnas vajalikud. Riigikohus on korduvalt rõhutanud põhimõtet, et PS § 3 lg 1 esimesest lausest ja §-st 11 tulenevalt tohib põhiõiguste ja vabaduste piiranguid kehtestada ainult seadusjärgse õigusaktiga.²³

Hankemenetlustes pakkumise esitamiseks õigustatud isikute ringi piiramine kvalifitseerimislävendite seadmise kaudu on piirang, mis tuleneb riigihangete seadusest. RHS §-i 39 lg 1 teise lause kohaselt peavad kvalifitseerimise tingimused olema piisavad pakkuja või taotleja hankepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. RHS §-i 3 p 3 kohustab hankijat kohtlema kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankepinguga

¹⁹ EÜKo 10.12.2009, T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken vs. Komisjon*, p. 75.

²⁰ J. Schwarze. *European Administrative Law*. Sweet&Maxwell 1992, lk 864.

²¹ Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seadus. - RT I 2003, 64, 429.

²² K. Merusk. *Haldusõigus. Õigusteabe AS Juura*, Tallinn 1995, lk 32.

²³ RKÜKo 11.10.2001, 3-4-1-7-01, p 15.

ühinenud riigis, võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. Eelviidatud sätetest tuleneb nõue, et kvalifitseerimistingimus peab olema proportsionaalne oma eesmärgi suhtes.

Euroopa Liidu riigihankedirektiivide kohaselt peavad finants- ja majandusliku suutlikkuse tasemete ja tehniliste oskuste kriteeriumid seonduma lepingu sisuga ja olema sellega proportsionaalsed. Uue klassikalise sektori riigihangete direktiivi eelnõu 2011/0438 COD (edaspidi riigihangete direktiivi eelnõu) seletuskirjast võib lugeda: „riigihankelepingute sõlmimine peab toimuma Euroopa Liidu toimimise lepingu sätete alusel ning järgides eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtteid ning nendest tulenevaid põhimõtteid, nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, vastastikune tunnustamine, proportsionaalsus ja läbipaistvus.“²⁴

Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium märgib 2001. aasta lahendis järgmist: „põhiõiguse riivet saab lugeda põhiseaduspäraseks vaid siis, kui riivel on legitiimne eesmärk, "piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust" (Põhiseaduse § 11). /.../ Piirangud ei tohi kahjustada seadusega kaitstud huvi või õigust rohkem, kui see normi legitiimse eesmärgiga on põhjendatav. Kasutatud vahendid peavad olema proportsionaalsed soovitud eesmärgiga. Proportsionaalsuse põhimõttega peab arvestama mitte üksnes õiguse kohaldaja, vaid ka seadusandja.“²⁵

Riigikohus on 2003. aastal märkinud, et piirangu proportsionaalsuse põhimõttele vastavuse hindamisel tuleb kaaluda erinevaid huve.²⁶

VaKo selgitas 2011. aastal lahendis²⁷, et kvalifitseerimistingimus on vastav ja proportsionaalne, kui see on kohane ja vajalik. Tingimus on kohane, kui sellele vastavus väljendab pakkuja võimet lepingut nõuetekohaselt täita. Tingimus on vajalik, kui pakkuja võimet hanklepingut täita ei ole võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil. VaKo asus seisukohale, et kvalifitseerimistingimus on vastuolus RHS-iga, kui see ei ole oma

²⁴ Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv riigihangete kohta, KOM(2011) 896 lõplik – 2011/0438 (COD). - Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=216168&name=DLFE-11502.pdf (31.01.2013).

²⁵ RKPJKo 03.05.2001, 3-4-1-6-01, p 17.

²⁶ RKPJK 14.04.2003. nr 3-4-1-4-03, p.17.

²⁷ VaKo 01.04.2011 nr 50-11/123879.

mahu või olemuse tõttu hankelepingu täitmise võime eeldusena kohane või vajalik ja ei anna piisavat teavet pakkuja võimekuse kohta hankelepingut täita. VaKo märkis, et hankija ei pea seadma sellist kvalifitseerimistingimust, mida suudaksid täita paljud potentsiaalsed pakkujad. Hankija peab kvalifitseerimistingimuse kehtestamisel lähtuma sisulistest asjaoludest ja olema valmis iga kvalifitseerimistingimuse vastavust ja proportsionaalsust põhjendada. See tähendab, et vaidluse korral kvalifitseerimistingimuse vastavuse ja proportsionaalsuse osas lasub vaidlustatud kvalifitseerimistingimuse põhjendamise kohustus hankijal.

Samasugust seisukohta on väljendanud VaKo ka hiljem. Ebaproportsionaalselt range kvalifitseerimise tingimusega hankemenetluses osalemisest huvitatud isikutele põhjendamatute takistuste tegemine hankemenetluses osalemiseks võib sattuda vastuollu RHS § 3 p-s 4 sätestatud riigihankel konkurentsi efektiivse ärakasutamise nõudega. Kvalifitseerimise tingimuse eesmärgiks on RHS §-i 39 lg 1 kohaselt tõendada pakkuja võimet hankelepingut nõuetekohaselt täita. Kvalifitseerimise tingimus on proportsionaalne, kui see on eeldatavalt asjakohane, piisav ja paras, et kõik sellele vastavad isikud on eelduslikult võimelised hankelepingut täitma.²⁸

Tallinna Halduskohus leiab, et kvalifitseerimistingimuse proportsionaalsust pole võimalik mõõta murdosa täpsusega ning kvalifitseerimistingimuste määramiseks antud juhul ei peaks koostama spetsiaalset majandusanalüüsi.²⁹

Autori leiab, et õiguse üldpõhimõttena tuntud proportsionaalsuse põhimõtte tundmine on väga oluline kvalifitseerimistingimuste seaduslikkuse tagamiseks ja sellega arvestamine aitab vähendada kvalifitseerimistingimuste seadmisel esilekerkivate vaidlustuste arvu.

²⁸ VAKO 14.09.2012, nr 176-12/136192.

²⁹ TlnHKO 19.03.2010, 3-09-2756.

1.1.1. Proportsionaalsuse põhimõtte kolmeastmeline kontrolliskeem

Proportsionaalsuse põhimõtte kolmeastmeline kontrolliskeem kajastus Riigikohtu praktikas esimest korda 2000. aastal.³⁰ Alates 2002. aastast on Riigikohus rakendanud kõrgetasemelist käsitlust, mis on tänaseks muutunud järjekindlaks praktikaks. „Proportsionaalsuse põhimõtte tuleneb põhiseaduse § 11 2. lausest, mille kohaselt õiguste ja vabaduste piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud. Proportsionaalsuse põhimõttele vastavust kontrollib kolleegium järjestikuliselt kolmel astmel - kõigepealt abinõu sobivust, siis vajalikkust ja vajadusel ka proportsionaalsust kitsamas tähenduses e. mõõdukust. Ilmselgelt ebasobiva abinõu korral on proportsionaalsuse kontrollimine järgmistel astmetel tarbetu.“³¹ Samas punktis antakse ülevaade proportsionaalsuse põhimõtte astmetest ehk elementidest. „Sobiv on abinõu, mis soodustab eesmärgi saavutamist. Vaieldamatult eaproportsionaalne on sobivuse mõttes abinõu, mis ühelgi juhul ei soodusta eesmärgi saavutamist. Sobivuse nõude sisuks on kaitsta isikut avaliku võimu tarbetu sekkumise eest. Abinõu on vajalik, kui eesmärki ei ole võimalik saavutada mõne teise, kuid isikut vähem koormava abinõuga, mis on vähemalt sama efektiivne kui esimene. Arvestada tuleb ka seda, kuivõrd koormavad erinevad abinõud kolmandaid isikuid, samuti erinevusi riigi kulutustes. Abinõu mõõdukuse üle otsustamiseks tuleb kaaluda ühelt poolt põhiõigusse sekkumise ulatust ja intensiivsust, teiselt poolt aga eesmärgi tähtsust.“³² Õiguslik meede peab olema mõõdukas ehk proportsionaalne kitsamas mõttes. „Isegi kui rakendatav meede aitab kaasa oma eesmärgi saavutamisele (kohasus) ning puuduvad leebemad alternatiivsed meetmed (vajalikkus), võib ikkagi olla tegemist meetmega, mis läheb kaugemale sellest, mida on võimalik meetme eesmärkidega põhjendada.“³³

Elementide ülevaade koos rohkete viidetega Riigikohtu lahenditele esitatakse ka Eesti Vabariigi põhiseaduse kommenteeritud väljaande §-is 11 (õiguste ja vabaduste piirangud) kommentaarides. Kommentaaride punktis nr 3 on öeldud, et enne proportsionaalsuse testi tuleb tõlgendamise teel välja selgitada kontrollitava normi eesmärk ning kontrollida selle lubatavust ehk legitiimsust.³⁴

³⁰ RKPJKo 3-4-1-6-00.

³¹ RKPJKo 3-4-1-1-02.

³² Samas.

³³ Triipan (viide 14).

³⁴ Eesti Vabariigi põhiseaduse kommenteeritud väljaanne. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee/ptk-2/pg-11/> (08.02.2013).

Proportsionaalsuse põhimõte nõuab eesmärgi suhtes õige abinõu leidmist. Seetõttu on olulisel kohal eesmärgi sõnastamine. Rakendatavad abinõud peavad vastama soovitavale eesmärgile. Piirangud ei tohi kahjustada seadusega kaitstud huvi või õigust rohkem, kui see normi legitiimse eesmärgiga on põhjendatav.³⁵

Enamasti rakendatakse eesmärgi saavutamiseks sobivaid abinõusid. Juhtumeid, kus eesmärkide saavutamiseks kasutatakse sobimatuid vahendeid, tuleb ette suhteliselt harva. Kvalifitseerimistingimustena sobivad põhimõtteliselt kõik RHS §-des 40 ja 41 loetletud tingimused.

Abinõu on vajalik, kui eesmärki ei ole võimalik saavutada isikut vähem koormavat, ent vähemalt sama mõjuvat abinõu rakendades.³⁶ Alexy kirjutab tabavalt, et seda proportsionaalsuse põhimõtte osapõhimõtet võib nimetada ka leebeima vahendi printsiibiks.³⁷ Kvalifitseerimistingimuste seadmisel tuleb otsustada, millised vahendid (millised seatavad künnised) on ühelt poolt kõige mõjusamad, kuid teisalt leebeimad hankelepingu eesmärgi saavutamiseks sobiva pakkuja leidmisel.

„Enim kaalumist nõudev osa on kolmas aste ehk abinõude proportsionaalsus kitsamas mõttes. Kehtestatud piirangud ei tohi isikute õigusi ja vabadusi piirata rohkem, kui see on vältimatult vajalik. Asja tuleb kaaluda sisuliselt ning hinnata, kas piirang ja selle kohaldamise eesmärk on omavahel mõistlikus vahekorras. Et suurel määral on tegemist väärtushinnangutel põhinevate seisukohtadega, siis on abinõu mõõdupärasuse üle otsustada kõige keerulisem. Asjaomaste kohtuasjade lahendamisel on aga tehtav lahend tihti sellisest kaalumise tulemusest sõltuv.“³⁸ Näiteks asus Riigikohus seisukohale, et ülemäära range õiguste ja vabaduste piiramisega on tegemist juhul, kui nõutakse alkoholi müügiloo kehtetuks tunnistamist põhjusel, et poe omanik või töötaja on rikkunud alkoholimüügieeskirja.³⁹

Nagu eespool öeldud, on mõõdupärasuse hindamise põhiprobleem hindamise subjektiivsus. Et tegemist on väärtusotsusega, sõltub otsus selle tegemise ajast ning sel hetkel kehtivatest väärtushinnangutest ning seetõttu on raske järgida ühtseid hindamiskriteeriume. See asjaolu ei tohi haldusülesannete täitmist siiski takistada. Proportsionaalsuse kaalumine on eeskätt

³⁵ RKÜKo 3-3-1-60-03.

³⁶ N. Parrest, A. Aedmaa. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: ATAK 2003. – Arvutivõrgus: http://www.riigikantselei.ee/failid/ulevaatlik_oppematerjal_haldusoigusest_atak2003_.pdf (08.02.2013).

³⁷ R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. – Arvutivõrgus: <http://www.just.ee/52846> (17.12.2012).

³⁸ Parrest (viide 36).

³⁹ RKPJK 3-4-1-6-00.

seadusandja ülesanne. Täitevvõim peab otsuseid tehes püüdma leida vastuse küsimusele, kas vahend, mida haldusorgan eesmärgi saavutamiseks kasutab või kavatseb kasutada, on tõhusaim ning kas see ei ole menetlusosalise ja kolmandate isikute seisukohast vaadatuna ülemäära koormav.⁴⁰

„Proportsionaalsuse põhimõtte kitsas tähenduses (proportsionaalsus *stricto sensu*) nõuab, et riigipoolse sekkumise tõsidus ja selle õigustused oleksid teineteisega adekvaatses proportsioonis. Printsiip nõuab kohast tasakaalu meetmega indiviidile tekitatava kahju ja ühiskonnale saadava kasu vahel ja keelab sellised vahendid, mis ilmselgelt tekitavad indiviidile rohkem kahjusid, kui ühiskonnale kasu toovad. Valitud vahendid ja taotletav tulemus peavad olema üksteisega mõistlikes suhetes.“⁴¹ Samas juhib Triipan tähelepanu järgnevale: „nõutav on põhjalik kaalumine indiviidile tekitatava kahju ja ühiskonnale saadava kasu vahel ning keelatud on sellised meetmed, mille puhul ühiskonnale saadav kasu ei kaalu üles indiviidile tekitatavat kahju. /.../ Selline kaalumine toob endaga kaasa argumenteerimise ja sellega ka väärtushinnangute väljendamise. Siit tekibki kohe probleem kohtuliku kontrolliga seoses. Kas kohtuvõim üldse saab midagi öelda legitimeeritud seadusandja väärtushinnangute kohta?“

R. Maruste hinnangul on õiguse, sealhulgas põhiseaduse, toimimise parimaks peegliks kohtupraktika. Riigikohtule on antud põhiseaduse lõplik tõlgendamisvolitus. Konstitutsioonikohtu asi ei ole hinnata seadustes või valitsuse aktides kajastuvat poliitilist tahet, vaid nende aktide vastavust põhiseadusele.⁴²

Kalmo osundab proportsionaalsustesti rakendamisega seoses järgmisele probleemile. Proportsionaalsustesti rakendamisel ei lähtu me enam põhiseaduses sisalduvast käitumisjuhiseist, vaid iseenda arvamusest selle kohta, kuidas oleks mõistlik käituda. /.../ Seisukohale, et proportsionaalsustesti rakendamine annab põhiseaduse tõlgendajale suuresti vabad käed, otsustamaks, mida on konkreetsel juhul mõistlik teha, võib vastu väita, et ühe põhiseadusliku väärtuse kõrvale saab kaalukaasile panna vaid mõne teise põhiseadusliku väärtuse. Seega ei saa tõlgendaja lähtuda kõigist kaalutlustest, mis tunduvad talle olulised, vaid üksnes neist, mille põhiseadusandja ise on muutnud asjasse puutuvaks.⁴³

⁴⁰ Parrest (viide 36).

⁴¹ M. Triipan. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses. - *Juridica* 2001/5, lk 309.

⁴² R. Maruste. Põhiseaduse tõlgendamise meetodid. – *Juridica*, 1996/2, lk 79.

⁴³ H. Kalmo. Põhiseadus ja proportsionaalsus – kas pilvitu kooselu? *Juridica* 2013/2, lk 83-84.

Autori hinnangul on peamiseks probleemiks proportsionaalsuse põhimõtte rakendamisel proportsionaalsuse järelevalve teostajate (VaKo, kohtud) väärtushinnangute subjektiivne iseloom. Erinevad isikud sisustavad väärtusi erinevalt. Samuti toimub väärtushinnangute muutumine ajas, mingite sündmuste tagajärjel jne. See on loomulik, sest nii nagu kogu elu meie ümber muutub, peab ka õigus ja õigusemõistmine ajaga kaasas käima.

Ülaltoodud probleemile on viidatud ka põhiseaduse kommenteeritud väljaande § 11 punkti 3.4 kommentaarides. „Proportsionaalsuse põhimõtet on palju kritiseeritud. Subjektiivsete väärtushinnangute tunnistamine õigusemõistmises ei ole demokraatlikus põhiseadusriigis tõepoolest päris probleemideta. Kas ei tungi põhiseaduslikkuse järelevalve kohus parlamendi pärusmaale, kaaludes, kellel rahva demokraatlikult legitimeeritud esindajana peaks olema ainsana õigustus muuta enamuse väärtushinnangud kehtivaks õiguseks? Seadusandja ei ole siiski ainus institutsioon demokraatlikus põhiseadusriigis, kellel on pädevus määratleda õigusväärtusi. On olemas väärtushinnanguid, mida seadusandja muuta ei saa või mille muutmine on tema jaoks raskendatud ning mis seavad piiri tema väärtushinnangutele. Need väärtushinnangud kajastuvad PS tekstis. Nendeks on eelkõige PS aluspõhimõtted (inimväärikus, demokraatia, õigusriik, sotsiaalriik ja rahvusriik), samuti kõik põhiõigused. PS järgi on põhiseaduslikkuse järelevalve kohtu funktsiooni täitva Riigikohtu pädevuses kontrollida Riigikogu tegevuse vastavust PS-le (§ 149 lg 3 teine lause, § 152 lg 2). Et PS sisaldab ka väärtushinnanguid, peab põhiseaduslikkuse järelevalve kohus paratamatult tegelema seadusandja väärtushinnangute põhiseaduslikele väärtushinnangutele vastavuse kontrolliga. Kui see on aga nii, siis peab põhiseaduslikkuse järelevalve kohus paratamatult hindama vastavate õigusväärtuste olulisust ja mittetäitmise või kahjustamise ulatust.“⁴⁴

„Kui kaks printsiipi on vastassuunalised, ei ole võimalik kumbagi maksimaalselt realiseerida. Ühe või teise printsiibi ja selle taga oleva väärtus otsustuse maksimaalne realiseerimine kõigi muude vastassuunaliste printsiipide arvel väljendab poliitilist äärmuslikkust. Ainult fanaatik saab tõsimeeli nõuda oma seisukoha realiseerimist, maksku, mis maksab. Iga isiku õigusi maksimaalsel võimalikul määral arvestada püüdvast demokraatlikus põhiseadusriigis tuleb vastassuunaliste printsiipide vahel seada jalule mõistlik tasakaal, võttes arvesse mõlemaid.“⁴⁵

⁴⁴ Põhiseaduse kommenteeritud väljaanne (viide 34).

⁴⁵ M. Ernits. Põhiõigused, demokraatia, õigusriik. Tartu Ülikooli Kirjastus 2011, lk 186.

1.2. Proportsionaalsuse põhimõtte haakumine konkurentsi tagamise, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega

RHS §-s 3 sätestatakse riigihanke korraldamise üldpõhimõtetena hankija rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine; riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse tagamine; isikute võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine; konkurentsi maksimaalne ärakasutamine; konkurentsi kahjustava huvide konflikti vältimine; võimaluse korral keskkonnasäästlike lahenduste eelistamine.

Kvalifitseerimistingimuste seadmisel tuleb seega arvestada konkurentsi ärakasutamise, võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtetega. Hankijatele on RHS-iga antud suur otsustusõigus kvalifitseerimistingimuste lävendite kehtestamisega konkurentsi piiramisel. Kvalifitseerimistingimuste kehtestamine mõju pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttele. Proportsionaalsuse põhimõte aitab minimeerida konkurentsi ärakasutamise ja võrdse kohtlemise põhimõtte riiveid. Võrdse kohtlemise põhimõte tähendab ka kohustust tagada läbipaistvus, et võimaldada kontrollida selle põhimõtte järgimist. Võrdne kohtlemine ja läbipaistvus loovad eeldused konkurentsi paremaks ärakasutamiseks.

Bovise järgi põhinevad riigihankedirektiivid kolmel alusprintsiiibil. Nendeks on teatud piirmäära ületavate lepingute korral kogu ühendust hõlmav reklaam; potentsiaalseid pakkujaid diskrimineerida võivate tehniliste spetsifikatsioonide keeld ja objektiivsete kriteeriumide kohaldamine pakkumismenetlustes osalejatele ja lepingute sõlmimisel.⁴⁶

Arrowsmithi arvates on vastavalt EL asutamislepingule ja direktiividele välja töötatud riigihangete režiimi eesmärk arendada siseturgu läbi kolme peamise vahendi. Esimene on diskrimineerimise keelamine riigihangetel. Teine on nõuda liikmesriikidelt lepingute sõlmimist läbipaistvate menetluste teel. Direktiivid piiravad avaliku sektori ostjate diskretsiooni, nõudes neilt konkurentsi tagamiseks hanketeadete avaldamist kõigile huvitatud pakkujatele. /.../ Läbipaistva süsteemi rakendamine on alati olnud direktiivide esmaseks eesmärgiks. Kolmandaks on riigihanke eeskirjade eesmärk turulepääsu piirangute eemaldamine, isegi neil juhtudel, kui tegemist on mittediskrimineerivate piirangutega, mida peetakse ebaproportsionaalseks nende eesmärki silmas pidades.⁴⁷

⁴⁶ C. Bovis. The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market. Athenauem Press Ltd, 1998, lk 34.

⁴⁷ S. Arrowsmith., P. Kunzlik. (toim). Social and environmental policies in EC procurement law : new directives and new directions. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, lk 30-31.

Tõelise konkurentsi tekkeks tuleb hankemenetluses kohelda pakkujaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt, leiab kohtujurist Leger.⁴⁸ Hankija peab andma ettevõtjatele võimaluse pakkumus esitada ega tohi konkurentsi piirata formaalsete või hankija tegelikele vajadustele mittevastavate tingimustega.⁴⁹

Euroopa Liidu õiguses ei ole diskrimineerimine keelatud, kui see on „objektiivselt õigustatud“.⁵⁰

Vaba konkurentsi põhimõte on riigihankeõiguse üks kandvatest põhimõtetest. Euroopa Liidu riigihankedirektiivides on konkurentsi põhimõte positsioneeritud kui ülim eesmärk.⁵¹ RHS § 3 p 4 esitab nõude tagada konkurentsi efektiivne ärakasutamine. Teisalt lubatakse riigihangete seaduses hankijatel konkurentsi piirata kvalifitseerimistingimuste seadmisega. Bovis kirjutab, et suurenenud osavõtjate arv riigihangetel võib kaasa tuua ebasoodsa efekti. Eeldades, et finantssuutlikkus ja tehniline kompetents ei ole küsimuseks, peab avalik sektor kandma suurenenud pakkumismenetluse kulud (eriti kulud, mis kaasnevad pakkumuste hindamisega).⁵² Mida rohkem on osalejaid hindamisel, seda suuremad hindamiskulud on hankijatel.

Kvalifitseerimistingimuste seadmise eesmärk on leida sobiv pakkuja, kes oleks piisavalt võimekas hankelepingu täitma.

VaKo 2011. a. lahendis selgitati, et hankija ei pea seadma selliseid kvalifitseerimistingimusi, mida suudaksid täita paljud potentsiaalsed pakkujad. Konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõte tähendab eelkõige seda, et piisav arv ettevõtjaid saaks konkureerida.⁵³ Teises VaKo poolt samal aastal tehtud otsuses märgiti: „pakkujate kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine on õiguspärane erand pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest, selle eesmärk on valida välja hankelepingu täitmiseks võimelised ettevõtjad läbi objektiivsete ja proportsionaalsete nõuete.“⁵⁴

⁴⁸ EKo 12.07.2001, C-399/98, *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*, eelotsusetaotlus.

⁴⁹ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. . *Juridica* 2007/8, lk 567-568.

⁵⁰ D. Dahlgaard Dingel. *Public Procurement. A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*. The Netherlands, Kluwer Law International 1999, lk 171.

⁵¹ C. Bovis. *EU public procurement law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, lk 386.

⁵² Samas, lk 23.

⁵³ VAKO 13.12.2011, nr 235-11/128888.

⁵⁴ VAKO 05.07.2011, nr 123-11/125509.

Euroopa Liidu riigihanke reeglid sätestavad sõnaselgelt proportsionaalsuse nõude kvalifitseerimistingimuste seadmisel, mis on kooskõlas konkurentsi moonutamise kaitsega ja õigesti rakendatuna peaks kindlustama, et hankijad ei kehtesta ülemääraseid nõudmisi potentsiaalse konkurentsi tõkestamiseks. Hankijate diskretsioon on piiratud vaid sellega, et iga kriteerium peab olema proportsionaalne ja otseselt seotud lepingu esemega.⁵⁵

Enim mõjutab künniste seadmine väiksemaid ja lühema tegutsemisajalooga ettevõtteid. Konkurentsi seisukohalt on oluline turu avatus uutele ettevõtjatele ehk uutele turule tulijatele. Seetõttu ei tohi kvalifitseerimistingimusi kasutada ka uustulnukate tõrjumiseks. Hankija ei või jätta pakkujat või taotlejat kvalifitseerimata põhjusel, et pakkujal või taotlejal puuduvad varasemad hankelepingu (RHS § 39 lg 5). Samuti juhul, kui tegemist on äsja tegevust alustanud ettevõtjaga, ei tohiks hankija jätta teda kvalifitseerimata seepärast, et ettevõtjal puuduvad andmed või dokumendid eelnevate perioodide majandustegevuse kohta (majandusaasta aruanded, käibenäitajad). Hankija peab sel juhul andma ettevõtjale võimaluse tõendada hankelepingu täitmise suutlikkust teiste tõenditega (RHS § 40 lg 5).⁵⁶

Konkurentsi maksimaalne ärakasutamine on riigihankeõiguse kontekstis komplitseeritud, sest kvalifitseerimistingimuste seadmisega mõjutatakse vaba konkurentsi toimimist. Toimiva konkurentsi korral on hankijal eelduslikult rohkem valikuid.⁵⁷

Graells leiab, et olenemata ülesehitusest sisaldavad kõik hankemenetlused teatud määral maksimaalse võimaliku konkurentsi piiranguid. Kuid teatud määral on need piirangud nõutavad, et vältida märkimisväärset informatsiooni ja administratiivseid kulusid, mis võiks ohustada süsteemi tõhusust. Vältida tuleb ebavajalikke, ebaproportsionaalseid ja ülemääraseid riigihankelepingutele juurdepääsu piiranguid.⁵⁸ Riigihangete regulatsioon ja halduspraktika võib tekitada olulisi turumoonutusi ja mõjutada ettevõtjate vahelist konkurentsi. /.../ Enamik konkurentsipiiranguid sõltuvad igal konkreetsel juhul tugevasti konkreetsetest faktidest ja asjaoludest. /.../ Enamik piiranguid leiab aset otsuste tagajärjel, mida hankija teeb riigihangete eeskirjadega lubatud diskretsiooni piires.⁵⁹

⁵⁵ A.S. Graells. Public procurement and the European Union Competition Rules. Oxford: Hart, 2011, lk 257.

⁵⁶ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica 2007/8, lk 569.

⁵⁷ M. Mugur, C. Ginter. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse näide. – Juridica, 2010/4, lk 239.

⁵⁸ Graells (viide 55), lk 231.

⁵⁹ Samas, lk 228-229.

„Ükski põhiõigus ega -vabadus ei garanteeri ettevõtjale otseselt riigiteellimuse saamise võimalust. Riigihanke korraldamine võib aga põhiõigustest puudutada ettevõtlusvabadust (PS § 31 lause 1 koostoimes § 19 lg-ga 1) ja võrdse kohtlemise nõuet (PS § 12 lg 1). Ebamajandusliku pakkumise väljavallimine hankekongkursil (otsus mitteasjakohastest kriteeriumidest lähtudes, rääkimata tellija lubamatust mõjutamisest korruptiivse käitumisega) annab turuosalisele põhjendamatult eelise, moonutab konkurentsi ning raskendab sellega teiste osaliste positsiooni võistluses järgmiste tellimuste ja ka muude klientide saamise pärast. Seega on riigihankemenetluses reaalne ettevõtlusvabaduse kitsendamise oht.“⁶⁰

Läbipaistvuse põhimõtte võimaldab kontrollida konkurentsi tagamise ning võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtete täitmist. Läbipaistvuse põhimõttel on ilmne efekt hinnakonkurenttsile. Kui hankesoovist on teadlik rohkem huvitatud isikuid, ilmneb automaatselt võistluse element, mis kajastub hankija poolt saadavates hindades.⁶¹

Pakkujate võrdse kohtlemise, tõhusa konkurentsi ja riigihanke läbipaistvuse põhimõtte järgimine aitavad kaasa nii riigihankemenetluse eesmärgi saavutamisele kui ka riigihangete korraldamise käigus hõlpsasti ilmneva võitva korruptsiooni tõkestamisele.⁶²

RHS § 3 p-i 2 kohaselt peab hankija tagama riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse ning RHS § 3 p-i 3 kohaselt peab hankija jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud.

Haldusmenetluse käsiraamatust võime lugeda: „isikute võrdsus on üks peamisi üldise õiguse elemente ja kaitstud PS-ga § 12. Võrduse põhimõtte ei nõua, et kõiki isikuid peaks alati kohtlema ühetaoliselt, kuid erinev kohtlemine peab olema mõistlikul viisil põhjendatud-ratsionaalne. Ebavõrdne kohtlemine on erinev kohtlemine ilma põhjendatud vajaduseta või asjassepuutumatul alusel. Siin ilmneb võrdsuse ja proportsionaalsuse tihe seos ja mõningane omavaheline põrkumine.“⁶³

⁶⁰ I. Pilving. Õiguskaitse riigihankemenetluses. Riigikogu Toimetised 3, 2001. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=11830> (28.01.2013).

⁶¹ C. Bovis. The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market. 1998. Athenauem Press, Ltd, lk 163.

⁶² E. Andresen. Riikliku järelevalve probleem riigihangete seaduses. – Riigikogu Toimetised 2002/5.

⁶³ A. Aedmaa jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 288.

Eesti Vabariigi põhiseaduse ⁶⁴ §-s 12 loetletakse näitlikult mõned kriteeriumid, mille järgi ei tohi erinevaid isikuid diskrimineerida: rahvus, nahavärvus, sugu, keel, päritolu, usutunnistus, poliitilised või muud veendumused, varaline ja sotsiaalne seisund. Siiski ei ole näiteks keeleoskuse alusel isikute erinev kohtlemine täielikult välistatud, vaid selleks peab olema eriliselt põhjendatud vajadus. Vahel võib olla põhjendatud nõuda hankemenetluses vastutavalt spetsialistilt riigikeele oskust.

Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte eesmärk hankemenetlustes on soodustada ettevõtjate vahelist konkurentsi. VaKo on avanud võrdse kohtlemise põhimõtte järgmiselt: „võrdse kohtlemise põhimõtte kohaselt käsitletakse ühetaoliselt kõiki isikuid ühtedes ja samades oludes ja ühetaoline kohtlemine peab olema tagatud ühesuguste asjaolude korral, kuna kvalifitseerimise tingimused on täitmiseks kohustuslikult võrdselt kõikidele hankemenetluses osalemisest huvitatud isikutele.“ ⁶⁵

Riigikohus on märkinud, et riigihankemenetluses on täpselt kindlaksmääratud ja formaliseeritud menetlusreeglitel väga oluline roll pakkumismenetluses osalevate isikute võrdse kohtlemise eesmärgi tagamises. ⁶⁶

Kvalifitseerimise raamistik on üks isikute võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvuse tagamise vahend, leidis M.-A. Simovart oma doktoritöös. ⁶⁷

Riigikohtu halduskolleegiumi kohaselt otsustab hankija omal vabal äranägemisel millist liiki ja millistele tunnustele vastavat kaupa või teenust soetada. Kehtestatavad kriteeriumid peavad olema asjakohased ning kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega.“ ⁶⁸

Võrdne kohtlemine tähendab diskrimineerimise keeldu. Järgnevalt esitatakse kaks näidet Euroopa Kohtu praktikast. Lahendis C-243/89 pidas Euroopa Kohus pakkumise tingimust, mida eelduslikult saavad täita eelkõige kohalikud pakkujad, kaupade, isikute ning teenuste vaba liikumise ning riigihanget käsitleva direktiivi vastaseks. ⁶⁹ Lahendis C-31/87 märkis Euroopa Kohus: "kohustus võtta tööle pikaajalisi töötuid võib muuhulgas rikkuda Lepingu

⁶⁴ Eesti Vabariigi põhiseadus RT 1992, 26, 349 ... RT I, 27.04.2011, 2.

⁶⁵ VaKo 14. 09.2012, 176-12/136192.

⁶⁶ RKHKo 3-3-1-100-06.

⁶⁷ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus 2010, lk 61.

⁶⁸ RKHKo 3-3-1-65-11.

⁶⁹ EKo 22.06.1993, C-243/89, *komisjon vs. Taani Kuningriik*.

artikli 7 teises lõikes sätestatud rahvuse alusel diskrimineerimise keeldu, kui ilmneks, et sellist tingimust saaks täita ainult asjaomase riigi, pakkuja või et teiste riikide pakkujatel oleks nõude täitmisega raskusi. Kõiki vaidluse asjaolusid arvesse võttes peab siseriiklik kohus otsustama, kas sellise tingimuse seadmine on otseselt või kaudselt diskrimineeriv⁷⁰.

Läbipaistvuse põhimõtte riigihangete kontekstis on tuletatud võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtetest, et tagada pakkujate võrdne kohtlemine. Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduste punktis nr 39 esitatakse: „tingimused, mille alusel kontrollitakse pakkujate sobivust /.../, peavad olema läbipaistvad. Selleks tuleb kindlaks määrata mittediskrimineerivad kriteeriumid, mida ostjad võivad kasutada pakkujate valimisel, ja vahendid, mida ettevõtjad saavad kasutada, et tõendada oma vastavust nendele kriteeriumidele. Läbipaistvuse tagamiseks tuleks samuti nõuda, et hankija esitaks niipea, kui leping läheb konkursile, oma valikukriteeriumid ning eripädevuse, mida ta võib ettevõtjalt nõuda enne, kui annab loa riigihankelepingute sõlmimise menetluses osaleda.“

Euroopa Kohus selgitas lahendis nr C-368/10: „läbipaistvuse tagamise põhimõtte kui võrdse kohtlemise põhimõtte „paarilise“ eesmärk on tagada ennekõike see, et puuduks oht, et tellijaks olev ametiasutus eelistaks soosikuid või tegutseks omavoliliselt. See tähendab, et kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad peavad olema hanketeates või tehnilises kirjelduses sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt.“⁷¹ Riigikohus on märkinud, et läbi selle, et hankes osalemise tingimused ja valikukriteeriumid (sh kvalifitseerimise tingimused) avaldatakse hanketeates, aidatakse tagada hankemenetluse läbipaistvus ja pakkujate võrdne kohtlemine, kuna pakkujatele on juba ilma hankedokumendiga tutvumata teada, mida hankija nõuab nii pakkujat puudutava kvalifikatsiooni kui ka hanklepingu eseme osas. Samuti võimaldab see ette näha, millised on õiguslikud tagajärjed, kui pakkuja või hanklepingu ese ei vasta tingimustele.⁷²

Kohtuotsuse nr C-496/99 punktis nr 115 ütles Euroopa Kohus välja põhimõttelised seisukohad, mille kohaselt peab hankija võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud algusest peale kuni hanklepingu täitmise lõpuni.⁷³

⁷⁰ EKo 20.09.1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV vs. Staat der Nederlanden*.

⁷¹ EKo 10.05.2012, C-368/10.

⁷² RKHKo nr 3-3-1-2-12.

⁷³ EKo 29.04.2004, C-496/99 P, *komisjon vs. CAS Succhi di Frutta*.

Sama seisukohta kordab Riigikohtu halduskolleegium 2011. aasta lahendis: „võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni. Hankija peab tagama riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse ning kohtlema kõiki isikuid võrdselt ja neid mitte diskrimineerima.“⁷⁴

Hankemenetluse käigus on hankijal võimalik RHS § 36 kohaselt hanketeadet ja hankedokumenti muuta, see peab toimuma aga enne pakkumuste esitamise tähtpäeva ning läbipaistvalt, teavitades kohe kõiki huvitatud isikuid.

Euroopa Kohtu lahendis nr C-331/04 rõhutatakse, et "lepingut sõlmiva võimukandja poolt määratud valikukriteerium peab vastama lepingu esemele, ei või võimukandjale anda piiramatut valikuvabadust, peab sõnaselgelt olema väljendatud pakkumise dokumentides või pakkumise kutses ning peab vastama võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõttele".⁷⁵

VaKo on märkinud, et riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõttest tulenevalt peavad pakkujate riigihankes osalemist piiravad tingimused olema piisavalt määratletud, et huvitatud isikud saaksid hinnata pakkumuse esitamise perspektiivikust.⁷⁶

Riigihankedirektiivide eesmärk on tagada, et hankijad sõlmiksid riigihankelepingu avatult ja läbipaistvalt ning et konkureerivaid pakkujaid koheldakse mittediskrimineerimise keelu raames võrdselt. Uue hankedirektiivi eelnõuga soovitakse veelgi parandada läbipaistvust ja ausust lepingute sõlmimisel. Selleks nähakse ette tõhusamad kaitsemeetmed huvide konflikti ja korruptsiooni vältimisel (sealhulgas sätted, et vältida lubamatut eelistamist pakkujatele, kellel on olnud hankijaga varasemaid lepinguid).⁷⁷

Irimaal saatis riigihangete eest vastutav Irimaa Rahandusamet 2010. aasta augustis avaliku sektori hankijatele välja ringkirja väike- ja keskmise suurusega ettevõtete (VKE) osalemise hõlbustamine riigihangetel, mille eesmärk on kõrvaldada takistusi VKE-de osalemiseks riigihangetel. Kuigi dokument ei ole õiguslikult siduv, omab see adressaatidele tähtsust.

⁷⁴ RKHKo nr 3-1-1-31-11, 28.04.2011.

⁷⁵ EKo 24.11.2005, C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl ja Viaggi di Maio Snc vs. ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia ja Comune di Venezia*.

⁷⁶ VaKo 03.06.2011, nr 104-11/124952.

⁷⁷ R. Pike. Modernising the public procurement rules. – Public Procurement Law Review 2012/2-3.

Pakkujate suhtes seatavad sobivuse kriteeriumid (eriti pakkuja käibe) peavad olema põhjendatud ja proportsionaalsed konkreetse lepingu suhtes. Dokumendis märgitakse, et liialt piiravate kriteeriumide kasutamine võib tuleneda tahtmatult varasemale praktikale tuginedes või teiste hankedokumentide kopeerimisest, selle asemel, et uurida kriitiliselt konkreetsete nõuete kohasust iga konkreetse lepingu puhul. Ringkirja kohaselt tuleb avaldada Iirimaa ametlikul riigihangete kodulehel hanketeated, mille puhul asjade ja teenuste eeldatav kogumaksumus ületab 25 000 eurot. Ehitustööde puhul on avaldamise piir 50 000 eurot. Nõutava kindlustuskatte küsimise kohta antakse suuniseid, et kindlustuskatte peab olema asjakohane ja proportsionaalne lepingu suhtes. Nõutud kindlustuskatte suurus peab olema sätestatud hankedokumentides ja pakkujad ei pea esitama poliisi pakkumuse esitamisel, vaid pakkujatel tuleb lasta esitada kinnitus, et nad saavad sellise katte. Ainult võitnud pakkujal on vaja hankida kindlustuskatte ja esitada selle kohta tõend.⁷⁸

Autori hinnangul aitab ka väikese maksumusega hangete hanketeade avalikustamine kaasa läbipaistvuse ja konkurentsi suurendamisele. Näiteks Tartu linnavalitsuse hankekorra §-i 13 lg 1 kohaselt⁷⁹ tuleb ehitustööde hangete korral eeldatava käibemaksuta maksumusega alates 10 000 eurost avaldada hanketeade riigihangete registris. Riigihangete seadus sätestab kohustuse lihthanke teate avaldamiseks riigihangete registris alates 30 000 euro suurusest eeldatavast maksumusest.

⁷⁸ P. McGovern. Ireland: Government administrative measures to support SMEs in public procurement. – Public Procurement Law Review 2011/1.

⁷⁹ Tartu Linna hankekord. Tartu Linnavalitsuse 06.03.2012 määrus nr 6 § 13 lg 1.

1.3. Proportsionaalsuse põhimõte ja kaalutusotsuste põhjendamise kohustus

Kvalifitseerimistingimuste valik ja seatavad vahemikud on hankija kaalutusotsus. Riigihangete seadus kaalutusõiguse mõistet ei ava. Haldusmenetluse seaduse (edaspidi HMS)⁸⁰ §-i 2 lg 1 kohaselt on haldusmenetlus haldusorgani tegevus haldusakti andmisel ja toimingute sooritamisel. Haldusorgan on HMS §-i 8 lg 1 kohaselt halduse ülesandeid täitma volitatud asutus, kogu või isik. HMS §-i 2 lg 2 kohaselt ei ole riigihangete teostamine haldusmenetlus haldusmenetluse seaduse tähenduses. Hankija mõiste on avatud RHS §-s 10. Kuivõrd RHS-is märgitud hankijaid võib valdavalt pidada haldusorganiteks, uuritakse järgnevalt küsimust, miks hankemenetlus ei ole haldusmenetlus?

Järgnevalt otsitakse vastust küsimusele, kas hankemenetluses kuuluvad arvestamisele haldusmenetluse põhimõtted ja kas hankeasjus tehtud otsuseid käsitletakse haldusotsustena?

Meruski järgi on haldusmenetluse seaduse puhul on tegemist üldseadusega ja haldusmenetluse eriliike reguleerivad eriseadused.⁸¹ Selliseks eriseaduseks võib pidada ka riigihangete seadust. „Erimenetluste osas tulevad rakendamisele kehtestatud eriregulatsioonid. Seega peab haldusorgan ka erimenetluste läbimisel arvestama isikutele haldusmenetluse seaduses sätestatud menetluslike õigustega, sest nende baasiks on põhiseadus.“⁸²

Riigikohtu halduskolleegiumi sõnul toimub riigihankemenetlus riigihangete seaduses määratud avalik-õiguslike toimingute kaudu.⁸³ „Riigihankemenetlus on küll avalik-õiguslik, kuid haldusmenetluse seadus sellele üldiselt ei laiene. Erandina laienevad riigihanke pakkumismenetlusele haldusmenetluse seaduses sätestatud haldusakti vorminõuded. Nimelt sätestab RHS § 1 lg 2, et lisaks riigihangete seadusest tulenevatele vorminõuetele peavad riigihanke pakkumismenetluses antavad haldusaktid vastama haldusmenetluse seaduse vorminõuetele.“⁸⁴

VaKo on oma lahendis ülalesitatud riigikohtu seisukohta korranud ja lisanud, et riigihankemenetlus on RHS-ist tulenevalt formaliseeritud protsess, milles riigihanke

⁸⁰ Haldusmenetluse seadus. - RT I 2001, 58, 354 ... RT I 23.02.2011, 3.

⁸¹ K. Merusk. Menetlusosalise õigused haldusmenetluse seaduses. – Juridica, 2001/8, lk 521.

⁸² Samas.

⁸³ RKHKo 04.10.2006, 3-3-1-58-06, p 12.

⁸⁴ Samas.

korraldamise üldpõhimõtete järgimine tuleb saavutada RHS-is sätestatud menetlusreeglite raames.⁸⁵

Halduskohtumenetluse seadustiku (HKMS)⁸⁶ §-i 266 lg 1 kohaselt on hankeasi riigihanke korraldamisest, sealhulgas hankelingu sõlmimisest või muutmisest tekkinud haldusasi.

Riigikohtu halduskolleegiumi hinnangul on pakkumise kutse dokumendid HMS §-i 52 lg 1 p 2 mõttes eelhaldusakt, millega määratakse pakkuja jaoks siduvalt kindlaks pakkumiste esitamise nõuded, kvalifitseerimiseks vajalikud dokumendid ja kvalifitseerimistingimused ning esitatud pakkumiste võrdlemise tingimused. Eelhaldusaktidena saab käsitleda nii hanketeadet kui hankedokumente.⁸⁷

HMS §-i 52 lg 2 kohaselt kohaldatakse eelhaldusakti suhtes haldusakti sätteid. HMS §-s 54 sätestatakse haldusakti õiguspärasuse eeldused: haldusakt on õiguspärane, kui ta on antud pädeva haldusorgani poolt andmise hetkel kehtiva õiguse alusel ja sellega kooskõlas, proportsionaalne, kaalutusvigadeta ning vastab vorminõuetele.

Riigikohus on märkinud, et Eestis on hea halduse põhimõtted omaks võetud nii haldus- kui kohtupraktikas, HMS §-i 3 lg 2 järgi rakendatakse haldusmenetluses proportsionaalsuse printsiipi.⁸⁸

Kaalutusõigus kvalifitseerimistingimuste seadmisel

Kaalutusõigusega seonduvat peetakse üheks haldusõiguse põhiprobleemiks.⁸⁹ HMS § 4 avab kaalutusõiguse mõiste sisu: kaalutusõigus (diskretsioon) on haldusorganile seadusega antud volitus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate otsustuste vahel. Kaalutusõigust tuleb teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve. Kaalutusõigusel on täita oluline roll. Ta peab kaasa aitama õiglase lahenduse leidmisele, võimaldades tagada efektiivse haldustegevuse, mis vastab areneva ja muutuva ühiskonna vajadustele.⁹⁰

⁸⁵ VaKo 17.08.2011, nr 157-11/- .

⁸⁶ Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 23.02.2011, 3 ... RT I, 25.10.2012, 10.

⁸⁷ RKHKo 3-3-1-99-09.

⁸⁸ RKPJK. a. otsus asjas nr 3-4-1-1-03.

⁸⁹ H. Maurer. Allgemeines Verwaltungsrecht. 12. Aufl. München, 1999, lk 121.

⁹⁰ K.Merusk. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll. Juura, Õigusteabe AS, 1997, lk 64.

Kaalutusõiguse kohaldamise temaatikaga puutuvad igapäevaselt kokku kõik kolm riigivõimu: seadusandja peab oskuslikult ja teadlikult kehtestama kaalutusnormid, täitevvõim peab olema suuteline kaalutusõigust veatult kohaldama ning kohtud peavad tundma piire ja põhimõtteid, mida tuleb kaalutusõiguse kohtulikul kontrollimisel järgida.⁹¹

Hankemenetlustes võib kaalutusotsuseks pidada hankija vabadust määratleda hankelepingu ese, valida, missuguseid kvalifitseerimistingimusi kehtestada pakkujatele ning missuguseid künniseid kvalifitseerimistingimustele seada.

Treumer kirjutas järgmist „väga vähesed väidavad, et riigihanke eeskirju iseloomustab suur paindlikkus. Seevastu paljud väidavad vastupidist, et riigihangete süsteem on piirav ja kitsendab suurel määral hankijate diskretsiooni, et tagada potentsiaalsete pakkujate võrdne kohtlemine ja läbipaistvus. /.../ Uue riigihangete direktiivi eelnõu eesmärk on aidata saavutada suuremat paindlikkust riigihangetel, võimaldades hankijatele suuremat kaalutusruumi.”⁹²

Riigihangete amet rõhutas 2006. aastal, et kaalutusõigus kvalifitseerimistingimuste seadmisel on piiratud vaid riigihanke olemuse, koguse ja otstarbega.⁹³

Vaidlustuskomisjon on märkinud järgmist: „analoogiliselt halduse kaalutus- ehk diskretsiooniotsuste kohtuliku kontrolliga, kus kohus ei hinda ümber kaalutusotsuse otstarbekust (vt Riigikohtu 14.10.2003 otsus kohtuasjas nr 3-3-1-54-03 p 38), on ka vaidlustuskomisjoni kontroll hankija kaalutusotsuse üle käesoleval juhul piiratud - vaidlustuskomisjon ei kontrolli, kas laboriseadmete süsteemi ostmine on otstarbekas või kas hankijal on sellist süsteemi üldse oma tegevuseks vaja. RHS §-i 32 lg 1 kohaselt kirjeldab hankija hankelepingu eset (oma vajadusi) tehnilises kirjelduses. Tallinna Ringkonnakohus on oma otsuses tunnustanud hankija vabadust määratleda ise hanke ese, märkides, et pakkujatel ega kellelgi teisel pole õigust hankijale ette kirjutada, milline hangitav süsteem peaks olema“⁹⁴

94

⁹¹ K. Pikamäe. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikooli Õigusinstituut, 2003.

⁹² S. Treumer. The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? - Public Procurement Law Review 2006/3, lk 71-85.

⁹³ Riigihangete Amet 13.09.2006, nr 126-06/029556.

⁹⁴ VaKo 23.11.2012, nr 215-12/136278, p 17.

HMS § 54 kohaselt on haldusakt õiguspärane, kui ta on kaalutlusvigadeta. Diskretsioonivea tõttu on vastuvõetud haldusakt või tehtud toiming õigusvastane. Kaalutlusotsuste tegemisel tuleb arvestada proportsionaalsuse põhimõttega. Proportsionaalsuse põhimõtte mittejärgimine kaalutlusõiguse alusel kujutab endast diskretsiooniviga. Ebaoproportsionaalse haldusakti näol on tegemist õigusvastase haldusaktiga. Õigusvastast haldusakti saab tühistada seda välja andnud haldusorgan kaalutlusõiguse kohaselt (HMS § 64 lg 2).

Riigikohtu halduskolleeegiumi 15.03.2006. aasta lahendis tõdetakse järgmist: „hankemenetluse kujundamisel peab ostja teostama oma sellekohast diskretsioonivolitust õiguspäraselt, sealhulgas arvestades diskretsiooni piire ja eesmärgi. Ostja tegevus hankemenetluses ei tohi olla meelevaldne.“⁹⁵

VaKo märkis 2012. aastal tehtud lahendis: „kaalutlusõigust saab teostada ulatuses, mis on kooskõlas kaalutluse piiridega (HMS § 4). Kaalutluse piirid määrab kindlaks RHS, HT ja HD.“⁹⁶

Haldusmenetluse käsiraamatu p-s 9.5.2.5. kirjutatakse kaalutlusõigusest. Õigusnormis võib haldusorganile olla antud kaalutlusõigus (HMS § 4 lg 2), st õigus otsustada, kas otsust teha või milline otsus teha. Kui tegu on kaalutlusõiguse alusel antava haldusaktiga, siis tuleb põhjenduses märkida, konkreetsed kaalutlused, millest haldusorgan on haldusakti andmisel lähtunud (HMS § 56 lg 3).⁹⁷ HMS §-i 4 lg 2 kohaselt tuleb kaalutlusõigust teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutlusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve.

VaKo 2011. aasta otsuses tõdetakse: ”hankemenetlusele kohaldatakse hea halduse üldpõhimõtteid. Muuhulgas on hankijale kohustuslik põhiõiguste piirangute proportsionaalsuse tagamise kohustus, mis tuleneb muuhulgas nii põhiseaduse §-st 11 kui §-st 14. Sellest tulenevalt peab iga ettevõtlusvabaduse piirang (sealhulgas hankemenetluses osalemise piirang) olema piirangu eesmärgi suhtes proportsionaalne, st sobiv ja vajalik, moonutamata piiratavat põhiõigust. Hankija koostab HD tingimused kaalutlusõiguse alusel. Ka kaalutlusõigust tuleb teostada kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega.”⁹⁸

⁹⁵ RKHKo 3-3-1-5-06.

⁹⁶ VaKo 02.08.2012, nr 106-10/116660.

⁹⁷ Parrest (viide 36), lk 306.

⁹⁸ VaKo 19.01.2011, nr 275-10/121397.

Kaalutusõiguse põhinevate otsuste põhjendamise kohustus

Kaalutusõigusega kaasneb põhjendamiskohustus. Tallinna Ringkonnakohus on asunud seisukohale, et kaalutusõiguse teostamata jätmine on oluline kaalutusviga, mis toob kaasa kaalutusotsuse tühistamise. Kui vaidlustatud korraldused ei ole motiveerimatuse tõttu kontrollitavad, tuleb need vaidlustatud osas tühistada.⁹⁹

Euroopa Üldkohus ütles 2011. aastal kohtuotsuses T-461/08 järgmist: „võttes arvesse, et hankijal on hankemenetluses ulatuslik kaalutusõigus, on talle pandud kohustus edastada piisavad põhjendused hankemenetlusest kõrvaldatud pakkujatele, kes seda taotleavad, mis eeldab, et hankija kaalub hoolikalt, millised põhjendused ta esitab ja millised on tegurid, mille alusel ta oma otsuse teeb.“¹⁰⁰

HMS-i § 56 lg 3 sätestab, et kaalutusõiguse alusel antud haldusakti põhjenduses tuleb märkida kaalutlused, millest haldusorgan on haldusakti andmisel lähtunud. Kvalifitseerimistingimuste kehtestamise otsus on kaalutusõigust sisaldav eelhaldusakt. Seetõttu peaks hankija põhjendama kvalifikatsiooni kontrolli sätestavate tingimuste kinnitamise otsuses, miks ta sätestab pakkujate majandus- ja finantssuutlikkuse tõestamiseks nt kahekordse netokäibe nõude võrreldes hankeobjekti eeldatava maksumusega.

Põhjendamiskohustuse täitmata jätmise näol on tegemist vorminõude mittetäitmisega, mistõttu kohtuliku kontrolli käigus võidakse asuda seisukohale, et haldusorgani tegevus on formaalselt õigusvastane.

Vaatame praktilist kaasust, kus hankija esindajad ei osanud istungil põhjendada leppetrahvide proportsionaalsust hankelepingu esemega. VaKo lahendist võib lugeda: „hankija peab hankedokumentides esitatavate tingimuste põhjendused esitama vastuseks hankemenetluses osalemisest huvitatud isikute järelepärimisele (RHS § 56 lg 1 ja lg 2) või vaidluse korral vastuseks vaidlustusele vaidlustusmenetluses. Vaidlustuskomisjon saab hinnata HD-s esitatud tingimuste põhjendatust hankija poolt vaidlustusmenetluses esitatud põhjendustest lähtuvalt.“

101

⁹⁹ TlnRKO 16.04.2009, 3-07-833/46.

¹⁰⁰ EÜKo 20.09.2011, T-461/08, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Investeerimispank*.

¹⁰¹ VaKo 13.06.2012, nr 112-12/133895.

Teise näite saab esitada Riigikohtu praktikast. „Halduskolleegium märgib, et üldjuhul ei saa kohus asuda ise haldusakti resolutsiooni põhjendama õiguslike ja faktiliste alustega, mida haldusorgan oma haldusaktis ei ole selle andmisel (ex ante situatsioonis) märkinud. Seda eriti juhtumitel, kus haldusakt antakse kaalutlusõiguse alusel (Riigikohtu halduskolleegiumi 17. oktoobri 2007. a otsus asjas nr 3-3-1-39-07). Haldusakti põhjendamine on üldine nõue, mis peab tagama põhiseaduse §-s 15 sätestatud kaebeõiguse reaalse teostamise võimaluse (Riigikohtu halduskolleegiumi 22. mai 2000. a. otsus asjas nr 3-3-1-14-00). Kui haldusakti adressaat ei tea haldusakti andmise tegelikke põhjuseid selle andmise hetkel, siis ei ole tal efektiivselt ja argumenteeritult võimalik vaidlustada haldusakti andmise asjaolusid. Läbi haldusakti õigusliku ja faktilise aluse saab isikule selgeks, miks just selline haldusakt tema suhtes anti. Vastasel korral kanduks haldusakti õigusliku ja faktilise aluse otsimine üle kohtumenetluse. Sellisel juhul ei kontrollita enam haldusorgani tegevust, vaid otsitakse põhjendusi haldusakti kehtima jäämiseks. Ühtlasi ei ole kirjaliku põhjendamise eesmärk ainult tagantjärele otsuse kontrollimine, vaid ka haldusorgani enesekontrolli tagamine (Riigikohtu halduskolleegiumi 14. oktoobri 2003. a otsus asjas nr 3-3-1-54-03, p 36). Haldusorgani enesekontrolli kaudu peab haldusorgan jõudma selgusele otsuse õigsuses.“¹⁰²

Kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse kontrolli juures on väga oluline hankijapoolse põhjendamiskohustuse täitmine. Hankija peab olema valmis hanketeate avaldamisest kuni pakkumuste laekumiseni esitama selgitusi ja põhjendusi VaKo-le (edasikaebamise korral ka kohtule) ja riikliku järelevalvemenetluse algatamisel Rahandusministeeriumile kvalifitseerimistingimuste määramise kohta. Kui hankija ei suuda tingimuse proportsionaalsust põhjendada, võib VaKo asuda seisukohale, et tingimuse proportsionaalsust pole võimalik hinnata ja seetõttu ei ole proportsionaalsuse nõue täidetud.

Samas sätestab HMS § 58, et haldusakti kehtetuks tunnistamist ei saa nõuda üksnes põhjusel, et haldusakti andmisel rikuti menetlusnõudeid või et haldusakt ei vasta vorminõuetele, kui eelnimetatud rikkumised ei võinud mõjutada asja otsustamist.

„Üldreeglina ei saa haldusakti vähene põhjendamine olla haldusakti tühistamise (kehtetuks tunnistamise) põhjuseks, kuid riigihankemenetluses hankija otsus taotleja kvalifitseerimise kohta peab tulenevalt RHS § 39 lg-st 6 olema kirjalikult põhjendatud määral, mis võimaldab selle õiguspärasust kontrollida ja tagab riigihanke läbipaistvuse vastavalt RHS § 3 p-le 2. Kuivõrd RHS-i § 117 lg 2 p 9 sätestab võimaluse vaidlustada nii pakkuja kvalifitseerimise kui

¹⁰² RKHKo 3-3-1-49-08.

ka kvalifitseerimata jätmise ning RHS-i § 39 lg 6 näeb ette pakkuja või taotleja kvalifitseerimise otsuse kirjaliku põhjendamise kohustuse, peab hankija otsus taotleja või pakkuja kvalifitseerimise kohta olema põhjendatud lisaks riigihanke läbipaistvuse tagamisele ka taotlejatele või pakkujatele kaebeõiguse tagamiseks,“¹⁰³ leidis Tallinna Ringkonnakohus. Riigikohus on korduvalt rõhutanud, et kõik haldusakti põhjendused peavad olema toodud haldusaktis ning hilisemas kohtumenetluses ei saa täiendavaid põhjendusi juurde esitada

Hankijad ei esita autorile teadaolevalt kvalifikatsiooni kontrollimist puudutavate nõuete kinnitamise korralduses tingimuste valiku põhjendusi. HMS §-i 56 lg 3 kohaselt peaksid hankijad esitama kaalutlusõigust sisaldavate kvalifitseerimistingimuste puhul kaalutlused, millest nad lähtusid (nt referentstööde maksumuse seadmisel).

RHS §-i 117 lg 1 sätestab, et pakkuja, taotleja või hankemenetluses osalemisest huvitatud isik võib vaidlustada hankija tegevuse, kui ta leiab, et seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid, esitades riigihangete vaidlustuskomisjonile sellekohase vaidlustuse.

Kvalifitseerimistingimused esitatakse hanketeates. Oluline on teada, millal saab huvitatud isik ehk potentsiaalne pakkuja asuda enda õigusi kaitsma, kui ta leiab, et hankija poolt kehtestatud kvalifitseerimistingimused on asjakohatud või ebaproportsionaalsed hankelepingu eesmärgi suhtes. Praktikas on ilmnenu juhtumeid, kus tingimuste üle asutakse vaidlema peale pakkumuste esitamist ja kvalifitseerimisotsuse langetamist. Kahjuks pole siis aga enam võimalik pakkuja huve kaitsta, kuna hankija saab kvalifitseerimisotsuseid langetada vaid hanketeates sätestatud nõuetest lähtuvalt.

Halduskohus on asunud seisukohale, et pakkumise kutse dokumendid on eelhaldusakt, millega määratakse pakkuja jaoks siduvalt kindlaks kvalifitseerimiseks vajalikud dokumendid ja kvalifitseerimistingimused.¹⁰⁴ Kui hankija teeb otsuse hankemenetluse algatamiseks ilma pakkumise kutse dokumente kinnitamata, on tegemist menetlustoiminguga. Järgnevalt uuritakse, kas hankemenetluse algatamise otsust saab vaidlustada?

Riigikohtu lahendi nr 3-3-1-52-11 p-s 22 nähtub, et hankemenetluse algatamise otsus on olemuselt menetlustoiming, mis ei loo üldjuhul haldusväliste isikutele õigusi ega kohustusi.

¹⁰³ TlnRnKo 21.10.2010, 3-09-1277.

¹⁰⁴ RKHKo, 3-3-1-99-09.

„Kollegium on seisukohal, et ka hankemenetluse algatamise otsus on olemuselt menetlustoiming, kuna see ei ole suunatud haldusvälise isiku õiguste või kohustuste tekitamisele, muutmisele või lõpetamisele (HMS § 51 lg 1) ning sellega ei tehta õiguslikult siduvalt kindlaks asja lõplikul lahendamisel tähtsust omavaid asjaolusid (HMS § 52 lg 1 p 2).“¹⁰⁵ Samas lahendis asuti seisukohale, et kui hankija korralduse esimese punktiga otsustatakse algatada menetlus ja järgnevate punktidega määratakse kindlaks menetluse tingimused, tuleb korraldust tervikuna käsitleda eelhaldusaktina, mida on võimalik tühistada (või juhul, kui osa korraldusest isiku õigusi ei riku, siis on võimalik ka osaline tühistamine).

¹⁰⁶

Kuna pakkujate õigusi ei riivata, ei ole hankemenetluse algatamise otsus RHS §-s 117 sätestatud vaidlustuse ese. Hankijad kinnitavad üldjuhul hankedokumendid (sh pakkujate kvalifikatsioonile seatavad nõuded) menetluse algatamise otsusega samas dokumendis. Sel juhul on osaliselt tegemist eelhaldusaktiga, mida saab vaidlustada (vähemalt osaliselt).

Riigikohtu halduskollegium asus otsuses nr 3-3-1-79-03 seisukohale, et „juhul, kui kvalifitseerimise tingimuse õiguspärasust ei ole tähtaegselt vaidlustatud, ei saa seda teha pärast pakkumuse esitamist. RHS § 121 lg 1 kohaselt tuleb vaidlustus hanke alusdokumendi peale esitada hiljemalt kolm tööpäeva enne pakkumuste esitamise tähtpäeva.“¹⁰⁷

Proportsionaalsuse põhimõtte eiramine võib kaasa tuua haldusakti õigusvastaseks tunnistamise ja tühistamise ning kahju hüvitamise nõuded (RVS §7 lg 1 alusel).¹⁰⁸

Kvalifitseerimistingimuste kinnitamise otsuse näol on tegemist eelhaldusaktiga. Järelikult peab kvalifitseerimistingimuste kinnitamise otsus vastama haldusakti vorminõuetele ja haldusakti õiguspärasuse eeldustele, sh olema proportsionaalne.

Haldusakti õiguspärasuse enesekontrolli teostamine hankija poolt haldusmenetluse nõuetest lähtuvalt aitab kaasa kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse saavutamisele.

Väga oluline on põhjendamiskohustuse täitmine. Haldusmenetluse seadus sätestab nõude märkida kaalutlusõiguse alusel antud haldusakti põhjenduses kaalutlused, millest haldusorgan

¹⁰⁵ RKHKo 3-3-1-52-11.

¹⁰⁶ Samas, p 22.

¹⁰⁷ RKHKo 3-3-1-79-03.

¹⁰⁸ Riigivastutuse seadus. – RT I 2001, 47, 260 ... RT I, 13.09.2011, 11.

on haldusakti andmisel lähtunud. Autor pole praktikas selle nõude täitmist kohanud. Autori arvates peaksid hankijad kvalifitseerimistingimuste kinnitamise otsuses esitama kaalutusõigust sisaldavate kvalifitseerimistingimuste puhul kaalutlused, millest lähtuti (nt referentstööde nõuete seadmisel). Kirjaliku põhjendamise eesmärk on otsuse kontrollimise võimaldamise kõrval ka hankija haldusorgani enesekontrolli tagamine, et veenduda langetatud otsuse õigsuses. Autor järeldab, et kaalutusõigusel põhinevate kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse tagamisele aitab kaasa otsuste põhjendamise kohustus.

2. PROPORTSIONAALSUSE PÕHIMÕTTE JÄRGIMINE KVALIFITSEERIMISTINGIMUSTE SEADMISEL

2.1. Kvalifitseerimistingimuste seadmise põhimõtted

Direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 44 lg 2 sätestab, et kandidaadid ja pakkujad vastaksid artiklite 47 ja 48 kohasele minimaalsele suutlikkuse tasemele. Artikkel 44 lg 2 teise lause kohaselt peavad konkreetse lepingu täitmiseks vajalikud suutlikkuse miinimumtasemed olema lepingu objektiga seotud ja proportsionaalsed. Kvalifikatsiooni puudutavad nõuded jagunevad kaheks. Artikkel 47 käsitleb finants- ja majandusliku seisundi hindamist ja kontrolli ning artiklis 48 käsitleb tehnilise ja/või kutsealase suutlikkuse hindamist ja kontrolli.

Väljavõtte direktiivi 2004/18/EÜ kvalitatiivse valiku kriteeriumidest (artiklid 46-48) on esitatud magistritöö lisas nr 1.

RHS-is on sätestatud kvalifikatsiooni kontrollimisega seonduv kolmandas jaos (§ 39: kvalifikatsiooni kontrollimine; § 40: majanduslik ja finantsseisund; § 41: tehniline ja kutsealane pädevus).

RHS §-i 39 lg 1 kohaselt peab hankija kontrollima, kas pakkuja või taotleja majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele. Kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkuja või taotleja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega.

Väljavõtte RHS §-st 40 ja §-st 41 on esitatud magistritöö lisas nr 2.

Tuleb vahet teha pakkuja majandusliku ja finantsseisundi tingimustel (tingimused loetletud RHS §-s 40) ning tehnilise ja kutsealase pädevuse tingimustel (tingimused loetletud RHS §-s 41). Esimesel juhul tuleb jälgida pakkuja kui majandusüksuse üldist majanduslikku ja finantsvõimekust. Tehniline ja kutsealane pädevus näitab pakkuja suutlikkust konkreetset hankeobjekti tehniliselt teostada. Viimane ei ole otseses sõltuvuses pakkuja üldisest majanduslikust seisundist.

Kvalifitseerimine on suunatud lepingule. See on mehhanism, mille eesmärk on kindlaks teha ettevõtte võimekus kõnealust lepingut täita. Kas pakkuja kasutab kaupu, mis on toodetud keskkonnasõbralikumalt; kas ta palkab soolise võrdõiguslikkuse tagamiseks võrdselt mees- ja naistööjõudu, ei ole niivõrd asjakohased küsimused hankija jaoks kui see, kas pakkuja täidab ehitustöö spetsiifilised nõuded eelarve ja ajakava piires.¹⁰⁹

Sobiva pakkuja valikul seatavad kriteeriumid peaksid lähtuma hankilepingu esemest. Hankija peab esmalt määratlema, mida, mis koguses ja milliseks tähtjaks ta hankida soovib.

Nii direktiivis 2004/18/EÜ kui riigihangete seaduses esitatakse loetelu dokumentidest, mida hankijal on õigus pakkuja sobivuse välja selgitamiseks küsida.

Hankijal on kaalutusõigus valida, missuguseid RHS §-des 40 ja 41 loetletud tingimusi ta kohaldab. Vaid rahvusvahelist piirmäära ületava hanke puhul on hankijal RHS §-i 41 lõikest 2 tulenevalt kohustus nõuda teavet referentstööde kohta. Samuti on hankijale jäetud kaalutusõigus, kuidas kvalifitseerimistingimusi sisustada (millist referentstööd nõuda, missugune peab olema varasem netokäive jne).

VaKo on korduvalt viidanud, et kvalifitseerimistingimusteks sobivad põhimõtteliselt kõik proportsionaalsed ja põhjendatud tingimused, millele vastavust on võimalik kontrollida RHS §-des 40 ja 41 loetletud tõenditega.¹¹⁰

Pakkujate kvalifitseerimise tingimuste kehtestamise eesmärk on valida välja hankilepingu täitmiseks võimelised ettevõtjad läbi objektiivsete ja proportsionaalsete nõuete. Hankijal tuleb kehtestada sellised kvalifitseerimistingimused, millele vastavad isikud on eelduslikult kõik võimelised hankilepingut täitma ja mis samas ei välista ühegi hankilepingu täitmiseks võimelise isiku osalemist.¹¹¹ „Võimalikke valikukriteeriume on palju ja nende täitmise tõendamiseks saab valida mitmesuguseid dokumente. Tuleb otsustada, millised kriteeriumid on asjaomase ostu laadi ja maksumuse puhul sobivad. Kõik valikukriteeriumid peavad olema selged, mittediskrimineerivad ning asjaomase lepingu seisukohast proportsionaalsed. Tehnilise ja erialase suutlikkuse puhul peaks ostja otsustama selliste valikukriteeriumide kasuks, mis võimaldavad tal kindlaks teha pigem konkreetse lepingu jaoks vajaliku

¹⁰⁹ P. Trepte. Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. Oxford University Press, 2004, lk 194.

¹¹⁰ Vako 26.01.2011, nr 5-11/122349; 10.03.2011, nr 33-11/121763.

¹¹¹ VaKo 5.07.2011, 123-11/125509.

suutlikkuse olemasolu kui pakkujate üldist suutlikkust. Ent tuleb siiski jälgida, et sellega ei kitsendataks põhjendamatult valikukõlblike osalejate ringi. Lisaks sellele ei tohiks sõnastada valikukriteeriume nii, et need piiraksid konkurentsi ulatust, käsitledes ebaolulisi küsimusi. Näiteks nõue, et arvesse võetakse ainult avaliku sektoriga töötamisel saadud kogemusi, on ebaoluline ning piirab konkurentsi.“¹¹²

Mardas ja Triantafyllou analüüsisid arvandmete sobilikkust kvalifitseerimistingimuste seadmisel pädevuse kontrollimiseks ja teatud numbriliste kriteeriumide seaduslikkust. Hankijatel on võimalus küsida referentse, väljendatuna numbrilisel viisil, esitades miinimumväärtusi ja künniseid, millele töövõtja peab vastama selleks, et pidada teda sobivaks teatud lepingut täitma.¹¹³

Numbriliste vahemike sätestamine negatiivseks asjaoluks võib pidada, et ilma igasuguse põhjenduseta välistatakse isikud, kes ei mahu sätestatud vahemikku. Ilmnevad ka konkurentsipiirangud, kuna uutel alustavatel firmadel ei võimaldata pakumusi esitada. Kuigi piiratakse üleüldist konkurentsi, on sellise piirangu seadmine riigihankeõiguses piisavalt suutliku töövõtja leidmiseks lubatud. Igasugune kaalutusõigus on välistatud, kuid samas on tagatud läbipaistvus ja objektiivsus.¹¹⁴

Sobivust saab tõendada ka minimaalseid või maksimaalseid numbrilisi nõudeid määramata. Sellisel juhul ei toimu valik automaatselt. Hankija peab uurima kõiki viiteid ja otsustama sobivuse nende alusel. On selge, et hindamine eeldab kaalutusõiguse rakendamist ja on seetõttu vähem läbipaistev ja raskemini kontrollitav. Konkreetne kogemus mängib tihti otsustavamat rolli kui üldist võimekust kinnitavad näitajad. Suur käive ei tõenda spetsialiseerumist konkreetse toote osas. Samuti vähendab suure käibe nõue VKE-de juurdepääsu lepingutele. Seega on selle variandi puhul võimalik saada teistsugused tulemused võrreldes numbrilistele näitajatele tuginemisega.¹¹⁵

Uue riigihangete direktiivi eelnõu artikkel 56 p 1 näeb ette järgmist: „avaliku sektori hankijad piirduvad osalemistingimusi kehtestades selliste tingimustega, mis aitavad tagada, et taotleja

¹¹² Väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihankelepingutele juurdepääsu hõlbustavate Euroopa parimate tavade juhend. Euroopa Komisjon: 2008. Brüssel, 25.6.2008 SEC(2008)2193. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_et.pdf (08.02.2013).

¹¹³ D. Mardas, D. Triantafyllou. Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis. – Public Procurement Law Review 1995/ 4, lk 145-158.

¹¹⁴ Samas.

¹¹⁵ Samas.

või pakkuja vastab õiguslikult ja finantsiliselt hanke nõuetele ning on äriliselt ja tehniliselt suuteline asjaomast hanget täitma. Kõik nõuded peavad olema lepingu esemega seotud ja sellega proportsionaalsed, võttes arvesse tõelise konkurentsi tagamise vajadust. Avaliku sektori hankijad võivad kehtestada osalemise tingimused, lähtudes järgmistest teguritest: (a) sobivus tegeleda kutsetöoga; (b) majanduslik ja finantsseisund; (c) tehniline ja kutsealane suutlikkus. Nad ei ole kohustatud kehtestama kõiki loetletud tingimusi, kuid nad ei esita lisaks kõnealustele tingimustele muid nõudmisi.“

Hankija poolt hankelepingu esemele ja hankes osalevatele ettevõtjatele esitatavad nõuete eristamisel on oluline vahet teha. Euroopa Kohus ja Euroopa Komisjon on mitmel korral rõhutanud, et kvalitatiivse valiku kriteeriumid ja pakkumuste hindamiskriteeriumid on kaks erinevat asja. Euroopa Kohus otsustas kohtuasjas nr C-532/06, et hindamiskriteeriumideks võib valida vaid selliseid, mille eesmärk on välja selgitada majanduslikult soodsaim pakkumus. Otsuses öeldakse: „järelkult on lepingu sõlmimise kriteeriumidena välistatud need kriteeriumid, mille eesmärk ei ole majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamine, kuid mis seonduvad põhiliselt kõnealuse lepingu täitmisel pakkujate sobivuse hindamisega“.

116

„Seda, millist liiki ja millistele tunnustele vastavat kaupa või teenust soetada, otsustab hankija põhimõtteliselt omal vabal äranägemisel, eeldusel, et hankija poolt kehtestatavad kriteeriumid on asjakohased ning kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega (RHS § 32 lg 1). Seevastu pakkuja majandusliku ja finantsseisundi ning tehnilise ja kutsealase pädevuse (RHS § 39 lg 1) hindamisega seoses on seadusandja RHS §-des 39-42 piiritletud, milliste andmete ja dokumentide esitamist võib hankija nõuda. Seega võib hankija seada hankes osalevate ettevõtjate ringile piiranguid vaid seaduses sätestatud juhtudel (vrd ka Euroopa Kohtu 16. detsembri 2008. a otsus asjas nr C-213/07: "Michaniki", p 43-44). Seetõttu on hankedokumentides esitatavate tehniliste tingimuste ning hanketeates esitatavate kvalifitseerimise tingimuste eristamisel oluline õiguslik tähendus.“¹¹⁷

Treumer leiab, et kvalifitseerimistingimused võivad vahel olla asjakohased ka pakkumuse hindamise staadiumis (kogemused, referentsid, lepingu mittetäitmise risk jne). Pakkujate

¹¹⁶ EKo 24.01.2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis v Dimos Alexandroupolis*, eelotsusetaotlus, p 29-30.

¹¹⁷ RKHKo 3-3-1-65-11, p 26.

kogemus, töötajate arv, tehnilise varustuse olemasolu ning nende võime täita leping ettenähtud ajal on pigem hindamiskriteeriumid kui valikukriteeriumid.¹¹⁸

Braun seevastu leiab, et pakkumuste hindamisel ei tohiks hankijad olla mõjutatud pakkuja majanduslikust suutlikkusest.¹¹⁹

Maailma Kaubandusorganisatsiooni Riigihankelepingus (GPA)¹²⁰ eristatakse kvalifitseerimise ja lepingu sõlmimise otsust. Siiski on see eristamine vähem range kui eespool osutatud kohtupraktikas, sest GPA-s otseselt ei keelata võtta hindamise etapis arvesse kriteeriume, mis ei ole seotud pakutavate asjade ja teenustega ning seega võimaldab arvestada pakkuja seotud kriteeriume.

Hindamiskriteeriumidena pakkuja seotud kriteeriumide nagu kogemus ja kvalifikatsioon lisamise lubamine võiks vähendada arvesse võetavate tegurite võrreldavust ning rikuks lõpuks võrdse kohtlemise põhimõtet. Tuginemine pakkuja seotud kriteeriumidele võiks seega takistada konkurentsi.¹²¹

Autor nõustub Karro seisukohaga¹²², et kvalifitseerimis- ja hindamiskriteeriumide eristamine tagab pakkumuste võrdlemisel õigluse ja objektiivsuse.

¹¹⁸ S. Treumer. The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law - a rule without exception? – Public Procurement Law Review 2009/3, lk 103-111.

¹¹⁹ P. Braun. The Use of Qualitative Award Criteria and the Difference between Award and Qualification Criteria: A note on Case T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union. – Public Procurement Law Review 2003/5, lk 118.

¹²⁰ Agreement on Government Procurement (GPA). - Arvutivõrgus: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (03.03.2013).

¹²¹ Roheline raamat Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Brüssel: Euroopa Komisjon 27.01.2011. - Arvutivõrgus:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ET:PDF> (12.01.2013).

¹²² R. Karro. Majanduslikult soodsaim pakumuse ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. Juridica 2011/10.

2.2. Proportsionaalsuse põhimõtte järgimine pakkujate majandusliku ning finantsilise võimekuse kontrollimisel

Pakkuja majandus- ja finantssuutlikkuse seisundi tõendamise eesmärgiks on tagada, et pakkuja omab lepingu õigeaegseks, plaanipäraseks ja veatuks täitmiseks piisavalt vahendeid, ta peab olema suuteline lepingut täitma. Pakkujalt nõutavad dokumendid peavad täitma oma eesmärgi, tõendades lepingu täitmiseks vajalikku pakkuja finants- ja majanduslikku olukorda.

123

Enamlevinud probleemideks praktikas on liiga kõrge varasema netokäibe nõude seadmine võrreldes hankelingu objekti eeldatava maksumusega ning probleemid valdkondliku netokäibe küsimisel valdkonna piiritlemisel.

Finantsvõimekuse tasemele ei saa seada nõudeid abstraktselt, see sõltub täielikult konkreetse lepingu tüübist, väärtusest, keerukusest, kestvusest, samuti kavandatud maksetingimustest. Samuti sõltub see oluliselt teistest lepingutest, mida pakkuja samal ajal täidab. Ostjatel on seetõttu vaja kehtestada minimaalne finantssuutlikkuse tase, mida nad peavad vajalikuks, et võimaldada pakkujal korrektselt täita leping.¹²⁴

Hankija peab esitama hanketeates ülevaate, missuguseid majandusliku ja finantssuutlikkuse kontrollimise kriteeriume ta rakendab. Trepte¹²⁵ leiab, et direktiivi artiklis 47 esitatud nimekiri ei ole ammendav.

Direktiivi artikkel 47 lg 1 sisaldab keelendit: „võib üldjuhul tõendada...“. Järelikult pole direktiivi artiklis 47 esitatud loetelu ettevõtja finants- ja majandusliku seisundi kontrollimiseks suletud.

Seda on kinnitanud ka Euroopa Kohus ühendatud kohtuasja lahendis *C.E.I. and Bellini*. Kohus selgitas, et liikmesriikide pädevuses on määrata kindlaks sisulised kriteeriumid majandusliku- ja finantsseisundi taseme hindamiseks. Lisaks leiti lahendis, et ühenduse direktiivid ei keela liikmesriikidel arvuliste väärtuste kinnitamist. Euroopa Kohus osutas, et direktiivis ei kehtestata ühtlustatud ja ammendavaid ühenduse reegleid ja liikmesriigid on

¹²³ VaKo 01.04.2011, nr 50-11/123879.

¹²⁴ P. Trepte. *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. Oxford University Press, 2004, lk 197.

¹²⁵ P. Trepte. *Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide*. Second Edition. Oxford University Press, 2007, lk 351.

vabad säilitama või vastu võtma sisulisi ja protseduurilisi reegleid, kui need vastavad kõigile asjakohastele ühenduse õigusaktidele.¹²⁶

Ka Arrowsmith leiab, et hankijad võivad ettevõtjate finantsseisundi tõestamiseks nõuda lisaks direktiivides esitatud tõendite loetelule nõuda vajadusel ka muid tõendeid. Samuti võivad ettevõtjad vajadusel esitada muid kohaseid tõendeid, vältimaks ebamõistlikult koormavaid nõudmisi.¹²⁷

Analoogia korras saab osundada ka Euroopa Kohtu seisukohale kohtuasjas nr C-213/07.¹²⁸ Kohtuotsuse punkti 47 kohaselt on liikmesriigil õigus lisaks ametialaste omadustega seotud objektiivseid kaalutlusi puudutavatele kõrvaldamise kriteeriumidele, mis on direktiivi 93/37 artikli 24 esimeses lõigus loetletud ammendavalt, näha ette muid kõrvaldamise meetmeid selleks, et tagada pakkuja võrdse kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte järgimine riigihankemenetlustes. Kohtuotsuse punkti 48 kohaselt ei või vastavalt proportsionaalsuse põhimõttele sellised meetmed ületada nimetatud eesmärgi saavutamiseks vajalikku.

Weissi arvates on kahetsusväärne, et direktiivi artiklites ainult loetletakse viited, mille abil finants- ja majanduslikku olukorda ja tehnilist suutlikkust kontrollitakse, kuid viidete määrasid ei sätestata. Seetõttu on hankijate määrata igal konkreetsel juhul nõutavate referentside tase ja ulatus.¹²⁹

Arvulised väärtused on kinnitatud näiteks ehitustööde tunnustatud pakkuja nimekirja puhul.¹³⁰ Autori hinnangul saab sarnaselt ka RHS-s sätestada kvalifikatsiooni kontrollimisel lubatavaid miinimum- ja maksimumväärtusi.

Euroopa Kohtu otsuses kohtuasjas C-218/11¹³¹ märgitakse, et minimaalset majanduslikku ja finantssuutlikkuse taset ei saa määratleda üldise viitega bilansile. Seega saab direktiivi 2004/18 artikli 44 lõikes 2 nimetatud võimalust kasutada artikli 47 lõike 1 punkti b kohaselt üksnes viidates ühele või mitmele konkreetsele bilansikirjele. Selliste kirjete valiku osas jätab

¹²⁶ EKo 9.07.1987, Joined cases 27-29/86, *C.E.I and Bellini*.

¹²⁷ Arrowsmith (viide 47), lk 104.

¹²⁸ EKo 16.12.2008, C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis*, eelotsusetaotlus.

¹²⁹ F. Weiss. *Public procurement in European Community law*. London: Athlone Press, 1993, lk 54.

¹³⁰ Nõuded ehitustööde riigihangete tunnustatud pakkuja ametlikku nimekirja kantavatele isikutele, nimekirja koostamise nõuded ja kord ning nimekirjast teavitamise kord. VVm 06.10.2004 nr 305. – RT I, 2004, 70, 496 ... RT I, 26.06.2012, 28.

¹³¹ EKo 18.10.2012, C-218/11, *Édukövízis*, eelotsusetaotlus.

direktiivi 2004/18 artikkel 47 hankijatele piisavalt suure vabaduse. Nimelt vastupidi selle direktiivi artiklile 48, mis tehnilise ja kutsealase suutlikkuse puhul loob kinnise süsteemi, mis piirab hankijate käsutuses olevaid hindamise ja kontrollimeetodeid ja seetõttu ka nende võimalusi nõuete määratlemisel, lubab kõnealuse artikli 47 lõige 4 sõnaselgelt hankijatel valida, milliseid tõendavaid dokumente taotlejad või pakkujad peavad esitama, et tõendada oma majanduslikku ja finantsseisundit. Kuna direktiivi 2004/18 artikli 44 lõige 2 viitab kõnealusele artiklile 47, on samasugune valikuvabadus minimaalse majandusliku ja finantssuutlikkuse taseme osas. Samas ei ole see vabadus piiramatu. Nimelt peavad direktiivi 2004/18 artikli 44 lõike 2 teise lõigu kohaselt suutlikkuse miinimumtasemed olema lepingu objektiga seotud ja proportsionaalsed.

Tööd kirjutades teostas autor kontrolli, kas RHS-s sätestatud kvalifitseerimistingimuste alane regulatsioon on kooskõlas Euroopa Liidu riigihankedirektiivides sätestatud kvalifikatsiooni kontrollimist võimaldavate sätetega. Direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 47 lg 1 punkt c sätestab, et ettevõtja finants- ja majanduslikku seisundit võib tõendada väljavõttega ettevõtja kogukäibest ja kui see on asjakohane, lepinguga seotud valdkonna käibest kõige rohkem viimase kolme majandusaasta jooksul, sõltuvalt ettevõtte asutamise või tema äritegevuse algusest, kuivõrd need andmed käibe kohta on olemas. RHS-i § 40 lg 1 p 3 sätestab, et pakkuja või taotleja majandusliku ja finantsseisundi kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks nõuab hankija hanketeates andmeid pakkuja või taotleja kogu majandustegevuse netokäibe kohta või netokäibe kohta hankelepinguga seotud valdkonnas või hankelepingu esemele vastavas osas nende olemasolu korral kuni viimase kolme majandusaasta jooksul. Autor leidis, et direktiivis esitatud sõnastusega võrreldes on RHS-ist kaduma läinud täiend „või kui see on asjakohane“. Kehtivat redaktsiooni lugedes saab mõistlik hankija aru, et valdkondliku netokäibe küsimine pakkuja majandusliku ja finantsseisundi kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks on piiranguteta lubatud. Valdkondliku netokäibe küsimist peetakse aga direktiivis lubatuks juhul, kui see on asjakohane. Valdkondlik netokäibe näitab pigem ettevõtte tehnilist ja kutsealast pädevust, kui üldist finantssuutlikkust.

Kuigi Euroopa Liidu riigihankedirektiivid ei ole otsekohalduvad, tuleb liikmesriikide õigust tõlgendada nendega kooskõlas, sest direktiivid tuleb rakendada siseriiklike õigusaktide kaudu. Iga liikmesriik implementeerib riigihangete direktiive nii, nagu talle sobivam on.¹³²

¹³² J.-M. Fernandez Martin. The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis. Clarendon Press, Oxford. 1996, lk 97.

Riigikohus on korduvalt rõhutanud siseriiklike kohtute kohustust tõlgendada Eesti õigust võimalikus suures ulatuses Euroopa Liidu õiguse sõnastust ja eesmärki arvestades.¹³³ Eesti õiguse vastuolu korral Euroopa Liidu õigusega tuleb vastuolus olev Eesti õigus jätta kohaldamata. Olukorras, kus kooskõlaline tõlgendamine pole võimalik (nt on direktiiviga seatud eesmärki täitev norm siseriiklikusse õigusesse sisse viimata), võib kõne alla tulla direktiivi otsekohaldamine.¹³⁴ Euroopa Kohtu otsused on EL-i õiguse osa ja kohustuslikud lähtealustena liikmesriikide kohtutele. Seetõttu tuleb Eesti õiguses arvestada ka Euroopa Kohtu praktikaga.

2.1.1. Varasemate aastate netokäibe nõue

Varasema netokäibe nõude seadmine piisavalt võimeka pakkuja leidmiseks on kõigi hangete puhul sobiv nõue, kuna soodustab eesmärgi saavutamist. Meede pole pakkujaid koormav. Küsimused tekivad aga nõude vajalikkuses, ehk selles, kas varasema netokäibe küsimine on mõistlikus proportsioonis hankeobjekti eeldatava maksumusega? Õigusaktidega pole sätestatud küsitava netokäibe vahemikke võrreldes hankelepingu eeldatava maksumusega (erandina on tunnustatud ehitusettevõtjate ametlikku nimekirja kantavate isikute puhul ette nähtud isikute liigitamine klassidesse muuhulgas lähtudes varasemast netokäibest).¹³⁵ Ka vaidlustuskomisjoni ega kohtupraktikast ei saa selgeid juhtnööre. Alati saab kaaluda, kas kergema tingimuse (väiksema netokäibe) kaudu pole sama veenvalt võimalik tõendada pakkuja eeldatavat suutlikkust sõlmitavat hankelepingut täita.

Drastilise näitena võib esitada juhtumi, kus kvalifitseerimise tingimusena seatud majandusaasta netokäibe maksumus (600 000 eurot) ületas riigihanke eeldatava maksumuse (16 589,68 eurot) kolmekümne kuue kordselt.¹³⁶ Tegemist on selgelt ebaproportsionaalse suhtega.

¹³³ RKHKo 3-3-1-85-07; PSJKm 3-4-1-5-08.

¹³⁴ RKHKo 3-3-1-90-06, p 11.

¹³⁵ Tunnustatud ehitusettevõtjate ametliku nimekirja loomise, pidamise ja uuendamise ning ehitusettevõtjate nimekirja kandmise alused ja kord ning tasu määrad nimekirja kandmise ja kande uuendamise eest. VVm 21.06.2012 nr 46. - RT I, 26.06.2012, 26.

¹³⁶ Rahandusministeeriumi 15.02.2012. a. otsus nr 12.2-1/2808 Maidla vallavalitsuse suhtes riikliku järelevalvemenetluse lõpetamise kohta. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216247&folderId=212248&name=DLFE-10801.pdf (04.02.2013).

Järgnevalt antakse ülevaate kaasusest, kus Tallinna Halduskohus leidis, et valdkondliku netokäibe küsimine on RHS §-i 40 lg 1 p 3 kohaselt lubatud, kuid nõutud varasema netokäibe suurus on põhjendamata.¹³⁷ Poolte vahel oli vaidlus selles, kas kvalifitseerimistingimuse (majandusliku- ja finantsseisundi kohta) sisustamine selliselt, et kolme viimase majandusaasta keskmine netokäive pesumajateenuse osutamisel peab olema vähemalt 4 miljonit krooni aastas, on kooskõlas riigihankeseadusega, eelkõige RHS §-i 39 lg 1 teise lausega. Hankelepingu eeldatav maksumus oli 2 miljonit krooni aastas. Kohus leidis, et õige on kaebaja ja vaidlustuskomisjoni otsuses toodud seisukoht, et vaidlusalune kvalifitseerimistingimus on kohane, st väljendab pakkuja eeldatavat võimekust kavandatavat hankelepingut täita. Kohus nõustus VaKo seisukohaga, et kvalifitseerimistingimust saab pidada vastavaks ja proportsionaalseks, kui see on kohane ja vajalik. Kohane on tingimus siis, kui selle alusel saab hinnata pakkuja võimet lepingut nõuetekohaselt täita. Tingimus on vajalik siis, kui seda asjaolu ei ole võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil. Kvalifitseerimistingimus peab olema vastavat valdkonda tundva isiku arvates mõistlik ja seejuures tuleb paratamatult arvestada, et täpse piiri seadmise osas on isikutel eriarvamused. Samas nõustus kohus kaevatavas otsuses esitatud seisukohaga, et hankija ei ole mõistlikult põhistanud selle kvalifitseerimistingimuse (kolme viimase majandusaasta keskmine valdkonna netokäive 4 miljonit krooni aastas) vastavust vajalikkuse nõudele. Antud juhul ei ole kaebaja mõistlikult põhistanud, miks peab kavandatava hankelepingu täitmise eeldatavat võimet tõendama pesumajateenuse osutamisel 4 miljoni krooni suuruse aasta keskmise netokäibega kolme viimase majandusaasta kohta, st miks ei sobi madalam käibenumbr või teistsugused tingimused.

Alljärgnevalt esitatakse väljavõtteid VaKo praktikast.

Hankija esitas tingimusena, et pakkuja viimase kahe lõppenud majandusaasta auditeeritud netokäive oleks vähemalt 500 000 eurot aastas. Riigihanke objektiks olevate tööde eeldatav aastane maksumus oli 1 000 000 eurot. Vaidlustuskomisjoni arvates oli tegemist asjakohase tingimusega. Lahendi punktis 8.1 leiti: „vaidlustuskomisjon ei kahtle ka tingimuse vajalikkuses, sest pole teada muid pakkuja jaoks leebemaid tingimusi, mis tõendaksid sama hästi tema võimet hankelepingule ligilähedaseski rahalises mahus teenuseid osutada.”¹³⁸ Esitatud näite puhul autor kahtleb, kas on tagatud pakkuja suutlikkus teha varasemat netokäivet kahekordselt ületava maksumusega objekt.

¹³⁷ TlnHKO 19.03.2010, 3-09-2756.

¹³⁸ VaKo 14.09.2012, nr 176-12/136192.

Teise näite kohaselt ¹³⁹ oli sõlmitava hankelingu eseme eeldatav kogumaksumus 17,1 miljonit eurot ilma käibemaksuta. Hankija kava kohaselt tuli pakkujal tarnida kokku 52 bussi, mõlemal aastal (2011. ja 2012. aastal) umbes pool hankelingu mahust, maksumusega (koos käibemaksuga) ca 10 miljonit eurot. Varasema netokäibe nõudeks seati 25 miljonit eurot igal aastal viimasest kolmest majandusaastast. Seega oli hanketeates kehtestatud netokäibe suurus riigihanke aastasest mahust umbes 2,5 korda suurem. Vaidlustuskomisjon arutles, et tõendamaks pakkujal piisava võimekuse olemasolu hankelingu täitmiseks, peaks tema aastane netokäive ületama aastas hankelingu alusel tarnitavate busside maksumust. Hankija ei osanud põhjendada, miks peaks pakkuja aastane netokäive viimasel kolmel majandusaastal ületama ca 5 miljoni euro võrra riigihanke kogumaksumust (kusjuures tegelikult tuleb hankelingu täita kahe aasta jooksul). Põhjendamiskohustuse täitmata jätmise tõttu asus VaKo seisukohale, et Hankija poolt kehtestatud netokäibe suurus ei ole RHS §-i 39 lg 1 mõttes proportsionaalne hankelingu eseme koguse ja otstarbega. Tähelepanuväärne on selles kaasuses VaKo nõustumine vaidlustaja põhjendusega, et aastatel 2007-2009 langes oluliselt majandussurutise tõttu käive autotööstuses, mistõttu kvalifitseerimise tingimusena esitatud netokäibe suurus võis põhjendamatult piirata pakkuja ringi.

Kolmandas näites seadis hankija 40 linnaliini bussi soetamise hankel eeldatava kogumaksumusega 10 000 000 eurot netokäibe nõudeks vähemalt 50 000 000 eurot igal aastal viimasest kolmest majandusaastast. VaKo arutles, et tõendamaks pakkujal piisava võimekuse olemasolu hankelingu täitmiseks, peaks tema aastane netokäive ületama aastas hankelingu alusel tarnitavate busside maksumust, samas ei ole Hankija esitanud mingeid põhjendusi selle kohta, miks peaks taotleja keskmine aastane netokäive viimasel kolmel majandusaastal ületama 5 korda riigihanke eeldatavat kogumaksumust, kui hankelingu tuleb täita samuti ca aasta jooksul. VaKo asus seisukohale, et Hankija põhjendustest ei nähtu, et kehtestatud netokäibe suurus oleks proportsionaalne hankelingu eseme koguse ja otstarbega RHS § 39 lg 1 mõttes. ¹⁴⁰

Neljandas näites pidas VaKo vajalikuks meetmeks hankija poolt esitatud 900 000 euro suurust netokäibe nõuet viimasel kolmel majandusaastal olukorras, kus sõlmitava hankelingu alusel tuleb ehitada 7 kuu jooksul tee, eeldatava maksumusega 846 947,24 eurot. ¹⁴¹

¹³⁹ VaKo 19.01.2011, nr 275-10/121397.

¹⁴⁰ VaKo 13.12.2012, nr 240-12/138917.

¹⁴¹ VaKo 15.01.2013, nr 260-12/139262.

Rohelises raamatus Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta ¹⁴² on esitatud põhjendused teatud kvalifitseerimisnõuete puhul ülemäärade seadmiseks. Põhjendustest võib lugeda: „teisel juhul (ülemäärade nõudlikud kvalifitseerimise kriteeriumid) võib olla põhjendatud viia sisse EL-i eeskirjadesse ülemäär kvalifitseerimise teatavate kvalitatiivsete nõuete puhul, eelkõige finantsseisundi kohta. Sellega võiks vältida olukorda, et hankijad kehtestavad ülemäärade nõudlikud kvalifitseerimise kriteeriumid (nt käibe kohta), mis paratamatult välistab VKE-d. Selline meede arendaks veelgi edasi juba olemasolevat kohustust kohaldada proportsionaalseid kvalifitseerimise kriteeriumeid.“ Rohelises raamatus esitatud küsimuses nr 51 küsib EL-i Komisjon: „kas nõustute, et ülemääraselt ranged käibenõuded finantssuutlikkuse tõestamiseks on VKE-de jaoks probleem? Kas EL-i õigusaktidega tuleks kehtestada ülemäärad, et tagada kvalifitseerimise kriteeriumide proportsionaalsus (nt nõutav maksimaalne käive ei tohi ületada lepingu väärtuse teatavat korrutist)? Kas soovitaksite muid vahendeid, et tagada, et kvalifitseerimise kriteeriumid on proportsionaalsed lepingu väärtuse ja esemega?“ Eesti riik vastas küsimusele järgmiselt: „käibenõuded finantssuutlikkuse tõendamiseks sõltuvad hanke spetsiifikast, mida ei ole lähtuvalt võrdse kohtlemise põhimõttest võimalik VKE-dele püstitada erinevalt.“ ¹⁴³ Autori arvates jättis Eesti küsimusele osaliselt vastamata. Vastati, et VKE-dele pole eriklauslite püstitamine põhjendatud, kuid jäeti vastamata ettepanekule kehtestada EL-i õigusaktidega ülemäärad teatavate kvalitatiivsete nõuete puhul.

Riigihangete seaduses ei ole konkreetselt kirjas netokäibe esitatavaid piirmäärasid ega maksimaalset summat. Samuti ei ole Rahandusministeerium välja töötanud konkreetset metoodikat või soovitusi netokäibe suuruse määramise osas. Eeltoodust tulenevalt otsustab hankija kvalifitseerimise tingimused ise, lähtudes konkreetsest hankelepingu esemest ning sobilikkuse ja proportsionaalsuse põhimõtetest. Samas peab hankija olema alati võimeline põhjendama kvalifitseerimistingimusi. ¹⁴⁴

Hankijatel on ulatuslik diskretsiooniõigus seada spetsiifilisi nõudeid, mida nad peavad asjakohasteks pakujate lepingu täitmise võime hindamisel. Et vältida tarbetuid

¹⁴² Roheline raamat Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta (viide 121), lk 27.

¹⁴³ Eesti Vabariigi seisukohad riigihangete roheline raamatu osas. – Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216408&folderId=180565&name=DLFE-9011.pdf (17.01.2013).

¹⁴⁴ Riigihangete juhised (viide 4), lk 136-137.

konkurentsipiiranguid, võiks kehtestada konkreetset piirid kaalutlusõigusel põhinevate kvalitatiivse valiku kriteeriumide määramisel, leiab Graells.¹⁴⁵

Ka Bovis`e arvates on tellijatel on lubatud fikseerida majandus- ja finantssuutlikkuse piirid, kuna riigihangete direktiivide eesmärk ei ole piirata liikmesriikide volitusi.¹⁴⁶

Uue riigihangete direktiivi eelnõu põhjenduses nr 31 on seatud aastakäibe nõude ülempiiriks hankelingu kolmekordne maksumus. Direktiivi eelnõu artikli 56 punkti 3 kohaselt: „avaliku sektori hankijad võivad nõuda ettevõtjalt piisavat majanduslikku ja finantssuutlikkust. Selleks võivad nad nõuda ettevõtjalt teatavat minimaalset aastakäivet, sh teatavat miinimumkäivet lepinguga hõlmatud valdkonnas, ning piisavat ametialast vastutuskindlustust. Minimaalne aastakäive võib lepingu hinnangulist maksumust ületada maksimaalselt kolmekordselt, välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega. Avaliku sektori hankija näitab kõnealused erakorralised asjaolud ära hankedokumentides.“

Autor peab proportsionaalsuse põhimõttest tulenevate nõuete täitmise ja vaidlustuste vähendamise eesmärgil ülemmäära kehtestamist direktiivi eelnõus väga oluliseks. Iseküsimus on see, kas kolmekordne määr on põhjendatud. Direktiivi eelnõus ega Rohelises Raamatus pole vastavaid põhjendusi esitatud. Autori leiab, et kahekordse määra küsimine on piisavalt proportsionaalne. Isik, kellel on olnud varasemalt vahendeid kahe sarnase maksumusega töö tegemiseks, omab eeldatavasti piisavat võimekust hankelingu eseme teostamiseks. Riigihangete seaduses tuleks sätestada, et hankija poolt hanketeates nõutav varasemate aastate minimaalne aastakäive võib lepingu eeldatavat maksumust ületada kuni kahekordselt, välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega.

Netokäibe vahemikud tunnustatud ehitusettevõtete ametlikku nimekirja kantud isikute puhul

Vabariigi Valitsuse 6. oktoobri 2004. a määruses “Nõuded ehitustööde riigihangete tunnustatud pakkujate ametlikku nimekirja kantavatele isikutele, nimekirja koostamise

¹⁴⁵ A.S. Graells. Public procurement and the European Union Competition Rules. Oxford: Hart, 2011, lk 256-257.

¹⁴⁶ C. Bovis. EC public procurement: case law and regulation. Oxford: Oxford University Press, 2006, lk 135.

nõuded ja kord ning nimekirjast teavitamise kord”¹⁴⁷ sätestati ehitustööde riigihangetel netokäibe vahemikud. Määrus kehtis kuni 29.06.2012. a. Määrusele viitas VaKo nt 18.03.2010. lahendi punktis nr 9: „RHS ja teised riigihangete valdkonda reguleerivad õigusaktid ei sätesta, milliseid kvalifitseerimise tingimusi loeb seadusandja proportsionaalseteks hankelingu esemeks olevate teenuste olemuse, koguse ja otstarbega. Ainsaks õigusaktiks, kus on sisustatud seda, mida hankelingu maksumusi arvestades võib lugeda pakkuja piisavaks kvalifikatsiooniks, on Vabariigi Valitsuse 6. oktoobri 2004.a määrus nr 305. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et kuigi määruses nr 305 kehtestatud regulatsioon ei ole käesoleva vaidluse korral isegi analoogia korras kasutatav, on võimalik sellele tuginedes siiski kontrollida, kas Hankija poolt pakkujate netokäibele kehtestatud nõue on hankelingu eeldatavat maksumust arvestades proportsionaalne. Määrus nr 305 võimaldab kuni seitsme miljoni krooni suuruse ehitusmaksumusega objektide ehitamiseks klassifitseerida riigihangete tunnustatud pakkujate nimekirjas ehitusettevõtjad, kelle viimase kolme majandusaasta keskmine aastane ehituskäive käibemaksuta ületab ca 1 - 3,5 korda ehitusobjekti maksumust.“¹⁴⁸

Alates 29.06.2012 jõustus Vabariigi Valitsuse 21.06.2012 määrus „Tunnustatud ehitusettevõtjate ametliku nimekirja loomise, pidamise ja uuendamise ning ehitusettevõtjate nimekirja kandmise alused ja kord ning tasu määrad nimekirja kandmise ja kande uuendamise eest“.¹⁴⁹ Määruse kohaselt klassifitseeritakse isikud klassidesse A-E. Klassifitseerimine toimub tegevusala, töövõtumeetodite, kvaliteeditagamise meetmete, personali ja eelnevalt teostatud referentsobjektide alusel. Tunnustatud ettevõtjate ametlikku nimekirja kantud isik võib esitada oma kvalifikatsiooni tõendamiseks hankijale tõendi tema nimekirja kandmise kohta. Tõend tõendab isiku vastavust hankija kehtestatud kriteeriumile juhul, kui tema nimekirja kandmise aluseks olnud kriteerium on võrdne hankija kehtestatud kriteeriumiga või sellest kõrgem. Näiteks klassi C kvalifitseeritud isiku puhul võib ehitustööde teostamiseks sõlmitava lepingu maksumus võib olla vastavalt määruse § 21 lg 4 p-le 3 kuni 6 miljonit eurot ning sellise isiku viimase kolme majandusaasta keskmine aastane ehitustööde netokäive peab olema vahemikus 4,5 kuni 9 miljonit eurot (seega vahemikus 75 – 150 % hankelingu eeldatavast maksumusest). Kõigi klasside (A-E) puhul peab pakkuja viimase kolme majandusaasta keskmine aastane ehitustööde netokäive olema vähemalt 75% hankelingu

¹⁴⁷ Nõuded ehitustööde riigihangete tunnustatud pakkujate ametlikku nimekirja kantavatele isikutele, nimekirja koostamise nõuded ja kord ning nimekirjast teavitamise kord. VVm 06.10.2004 nr 305. – RT I, 2004, 70, 496 ... RT I, 26.06.2012, 28.

¹⁴⁸ VaKo 18.03.2010, nr 35-10/117150.

¹⁴⁹ Tunnustatud ehitusettevõtjate ametliku nimekirja (viide 135).

eeldatavast maksumusest. Autor soovib hankijatel võimaluse korral juhinduda sellest numbrist netokäibe küsimisel. Määruses sätestatud netokäibe ülemistest piiridest juhindumist soovitada on keeruline, sest erinevate klasside puhul on seatud erinevad ülemised piirid. Näiteks klass B puhul (ehitustööd maksumusega kuni 12 miljonit eurot) lubatakse küsida isiku viimase kolme majandusaasta keskmist aastast ehitustööde käivet maksimaalselt sama palju, kui on hankelepingu eeldatav maksumus; klass E puhul (ehitustööd maksumusega kuni 0,6 miljonit eurot) aga kuni neljakordset käivet hankelepingu eeldatavast maksumusest lähtudes. Eeldatavast maksumusest kõrgema varasema netokäibe küsimine peab olema põhjendatud.

Varasemate aastate valdkondliku netokäibe nõue

Valdkondliku varasema netokäibe nõude kehtestamisel võib küsimusi tekkida nii nõude kohasuses kui ka nõude vajalikkuses. Direktiivi 2004/18/EÜ ja riigihangete seaduse sätete võrdlusel nähtub, et RHS §-i 40 lg 1 p 3 kohaselt lubatakse küsida andmeid pakkuja netokäibe kohta hankelepinguga seotud valdkonnas või hankelepingu esemele vastavas osas piiranguteta, samas kui direktiivi 2004/18/EÜ artikli 47 lg 1 p c kohaselt võib lepinguga seotud valdkonna käivet küsida vaid juhul, kui see on asjakohane. Põhjused, miks valdkondliku netokäibe küsimine ei ole ettevõtte majandusliku ja finantsseisundi hindamiseks parim moodus, on esitatud näiteks Tallinna Halduskohtu poolt 19.03.2010 tehtud lahendis. Kohus arutles, et finantsseisundi hindamiseks on eesmärgipärasem hoopis ettevõtte kogukäibe ja lisaks kasumi suuruse küsimine, kuna ettevõttel võib olla mitu tegevusala, äriühingu eelarve on aga ühine. See, kas tegemist on haiglapesu pesemise kogemust omava ettevõttega ning milline on pakkuja teenuse suhtes nõudlus ja milline teenuse kvaliteet on aga hoopis küsimused tehnilisest ja kutsealasest pädevusest, mistõttu on need kaebaja põhjendused asjakohatud vaidluses majandusliku ja finantsseisundi kohta esitatud kvalifitseerimistingimuse üle.¹⁵⁰

Sarnane soovitus on esitatud ka Rahandusministeeriumi poolt 2010. aastal koostatud koolitusmaterjalides: „küsi pakkujalt kogukäibe (kas ühe või mitme aasta kohta) summat, et see ületaks teatud määra (soovitavalt vähemalt võrdne hanke objekti maksumusega ühe aasta kohta), mitte hankelepinguga seotud valdkonnas või hankelepingu esemele vastavas osas. Seda seetõttu, et viimaseid on raske kontrollida (kõik andmed peavad olema

¹⁵⁰ TlnHKO 19.03.2010, 3-09-2756.

kontrollitavad) ning lisaks vastutab pakkuja lepingu täitmise eest, mitte ainult hankelepinguga seotud valdkonna osas!”¹⁵¹

Viie uue kiirabiautot soetamiseks korraldatud hankel¹⁵² esitati nõue, et pakkuja kolme viimase majandusaasta netokäive hankelepinguga seotud valdkonnas peab olema vähemalt kolm miljonit krooni igal aastal. Vaidlustaja leidis, et esitatud nõue on vastuolus riigihangete seaduse §-i 3 punktis 4 sätestatud konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõttega. Vaidlustuse esitamise hetkel tegutses Eesti turul kaks peamist konkureerivat kiirabiautode tootjat, kellest ainult ühel olid täidetud hankija poolt soovitud kvalifitseerimiskriteeriumid. Hanketeate sõnastusest ei saa Vaidlustuskomisjoni hinnangul objektiivselt aru saada muul moel kui nõudest kiirabiautode müügi käibe kohta. Hankija andis VaKo istungil seletuse, mille kohaselt ta pidas võimalikuks ka selliste pakkujate kvalifitseerimist, kelle käive kiirabiautode müügil on olnud väiksem, kuid on täidetud olemuselt sarnaste, näiteks päästeteenistuse sõidukite osas. VaKo arvates võib see seada ebavõrdsesse olukorda pakkujad, kes on loobunud pakkumuse esitamisest, kuna nad on mõistnud hanketeates kehtestatud nõuet kitsalt hankelepingu eseme ehk kiirabiautode tähenduses. Järelikult ei ole kvalifitseerimise tingimus piisavalt määratletud riigihanke läbipaistvuse tagamiseks. Samuti ei ole Hankija esitanud arusaadavaid põhjendusi selle kohta, miks ei rahuldaks tema vajadusi konkreetse hankelepingu esemele vastava käibe asemel käive hankelepinguga seotud valdkonnas, mis võiks tõepoolest hõlmata ka näiteks päästeteenistuse autosid ja muid taolisi sõidukeid. Nendest asjaoludest tulenevalt luges VaKo esitatud nõude õigusvastaseks määratluse „konkreetselt riigihanke objektile vastavas osas” ulatuses.

Koristusteenuse hankel esitati hanketeate alajaotises majanduslik- ja finantssuutlikkus nõue, et pakkuja peab olema aastatel 2007 - 2009 teostanud tervishoiuasutustele koristustööd maksumusega vähemalt 2 000 000 EEK aastas. VaKo leidis 01.09.2010. a. tehtud otsuses järgmist: ”pakkuja poolt täidetud lepingute suhtes kvalifitseerimise tingimuse esitamine saab põhimõtteliselt toimuda RHS § 41 lg 1 p 2 alusel pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks esitamisele kuuluvate andmete või dokumentide kaudu: hankija nõuab hanketeates [...] olulisemate, kuni viimase kolme aasta jooksul täidetud hankija poolt määratletud tunnustele vastavate asjade müügi või teenuste osutamise lepingute, sealhulgas otstarbekuse ja olemasolu korral asjade või teenuste hankelepingute nimekirja koos nende maksumuse, sõlmimise kuupäevade ja infoga teiste

¹⁵¹ Riigihanke läbiviimise praktilisi nõuandeid toetuse saajale (viide 7), lk 8.

¹⁵² VaKo 23.09.2010, nr 171-10/120152.

lepingupoolte kohta. Käesoleval juhul ei ole hankija seda teinud. Kuna vaidlusaluse kvalifitseerimise tingimuse korral ei ole selle sisust tulenevalt kvalifitseerimise tingimus esitatud pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile RHS § 40 lg 1 p 3 alusel, siis hankija väited ja põhjendused vaidlusaluse kvalifitseerimise tingimuse kooskõla kohta nimetatud RHS-i sättega ei vaja vaidlustuse lahendamiseks sisulist kontrollimist. Sisuliselt pakkuja tehnilisele ja kutsealasele pädevusele esitatud kvalifitseerimise tingimus ei saa olla hankija poolt läbimõeldult, põhjendatult ja kaalutletult esitatud pakkuja majanduslikku ja finantsseisundit reguleerivate RHS-i sätete alusel.”¹⁵³

Autori arvates peaks valdkondliku netokäibe küsimine toimuma erandina, põhjendatud juhtudel.

2.1.2. Hankelepingu täitmiseks vajalike rahaliste vahendite olemasolu nõue

RHS §-i 40 lg 1 punkti 1 alusel kehtestatava kvalifitseerimise tingimuse eesmärgiks on tagada see, et pakkuja omab lepingu õigeaegseks, plaanipäraseks ja veatuks täitmiseks piisavalt vahendeid. Pakkuja peab olema suuteline näiteks töövõtulepingute puhul tööd tegema sageli paar kuud enne hankijalt esimese osamakse laekumist.

Põhiprobleemiks selle alapunkti käsitusel on küsimus, missugused on sõlmitava hankelepingu täitmise tagamiseks piisavad vahendid. Hankija võib nõuda asjakohast pangaõiendit või muud asjakohast hankija poolt vastuvõetavaks tunnistatavat dokumenti. Erinevad pakkujad vajavad konkreetse hankelepingu täitmiseks erinevaid rahalisi vahendeid. Krediidiasutused ei anna välja abstraktseid kinnitusi, vaid kinnitusi konkreetse rahasumma olemasolule või võimalusele seda saada. Järgnevalt esitatakse praktiline näide, kus hankija pidas vastuvõetavaks dokumendiks vabas vormis esitatavat krediidi- või finantseerimisasutuse või kindlustusandja kinnitust pakkuja rahaliste vahendite olemasolu kohta või võimaluse kohta neid vahendeid saada. See hanketingimus vaidlustati. VaKo leidis, et küsides abstraktset kinnitust, kus summat ei ole märgitud, koheldakse pakkujaid ebavõrdselt, kuna nõutav kinnitus antakse erinevatele pakkujatele erinevate summade kohta. VaKo märkis, et hankija ei saa olla sellise kinnituse põhjal veendunud selles, kas pakkujal on olemas rahalised vahendid või tal on võimalus neid saada.¹⁵⁴

¹⁵³ VaKo 01.09.2010, nr 147-10/119853.

¹⁵⁴ VaKo 01.04.2011, nr 50-11/123879.

Keila gümnaasiumi uue hoone ehituse riigihanke hanketeate kohaselt nõuti, et pakkuja käsutuses peab olema hankelingu esemeks olevate tööde teostamise eesmärgil rahalisi vahendeid vähemalt 50 miljoni krooni ulatuses. Pakkuja pidi esitama kvalifitseerimistingimustele vastamise tõenduseks krediidasutuse õiendi selle kohta, et pakkuja pangakontodel on rahalisi vahendeid vähemalt 50 miljoni krooni ulatuses või pakkuja ja krediidasutuse vahel on sõlmitud lepingu, mille alusel on hankelingu sõlmimisel pakkuja käsutuses rahalised vahendid vähemalt 50 miljoni krooni ulatuses. Vaidlustuse esitaja arvates oli nõue ebaproportsionaalne, kuna moodustas 25% eeldatavast hanke maksumusest. Vaidlustuskomisjon leidis, et krediidasutuse tõendi kohta esitatud nõuet võib tõlgendada ka selliselt, et krediidasutuse kinnitus lepingu sõlmimise kohta peab viitama konkreetselt selle hankelingu rahastamiseks sõlmitud lepingule. See ei ole aga hankelingu täitmise eeldusena vajalik, ei ole kvalifikatsiooni kontrollimisel asjakohane ja on vastuolus RHS § 39 lg-ga 1. Vaidlustuskomisjon pidas RHS § 3 p-st 2 tuleneva printsiibiga (läbipaistvus ja kontrollitavus) vastuolus olevaks ka selles punktis kasutatud määratlemata õigusmõistet "vabad rahalised vahendid".¹⁵⁵

Hankija ei tea, millised vahendid on pakkujal hankelingu täitmiseks olemas, kui suures osas peab ta neid väljastpoolt juurde kaasama ning millised on piisavad vahendid hankelingu täitmiseks. Sõna „piisav“ viitab kaalutusõiguse olemasolule. Kaalutusõigusega kaasneb aga kaalutusotsuse põhjendamise kohustus. Seetõttu võivad kaasneda probleemid hankijapoolse kontrollikohustuse ja põhjendamiskohustuse täitmisega ning läbipaistvuse ja võrdse kohtlemisega. Eeltoodud asjaoludel ei soovita töö autor seda kvalifitseerimistingimust kasutada. Autor leiab, et juhendmaterjalides tuleks püüda määratleda mõiste „piisavad vahendid“.

¹⁵⁵ VaKo 30.09.2008, nr 112-08/108051.

2.1.3. Kutsealase vastutuskindlustuse nõue

RHS käsitleb vastutuskindlustust pakkuja majandusliku ja finantsseisundi näitajana. RHS §-i 40 lg 2 kohaselt hankija võib nõuda pakkujalt või taotlejalt kutsealase vastutuskindlustuse tõendi või muu asjakohase ja hankija poolt vastuvõetavaks tunnistatud dokumendi esitamist, mis näitab, et pakkujal on hankelepingu võimaliku rikkumisega tekkida võiva kahju hüvitamiseks vajalikud vahendid või tal on võimalus neid saada. Vastutuskindlustuse olemasolu pakkujal näitab, et pakkuja on eeldatavalt suuteline hankelepingu täitma ka olukorras, kus ta on tekitanud kahju kolmandatele isikutele, keskkonnale vms, kuid need kahjud hüvitab kindlustus. Millised ettevõtja majandustegevusega seotud kahjud võivad tekkida, on väga raske ette näha. Seetõttu ei pea hankija võimalikke kindlustusjuhtumeid üles loetlema.

Ostjate nõutavad ebaproportsionaalsed rahalised tagatised (näiteks pangagarantii katmaks riske, mis seonduvad lepingu täitmisega ehk nn täitmistagatis) võivad takistada väiksemate ettevõtete osalemist riigihangetes. Seetõttu peaksid ostjad nõudma üksnes proportsionaalseid tagatisi. Proportsionaalse tagatise arvutamine võiks toimuda riski hindamisega seotud kaalutluste alusel. Samuti võiks kaaluda täitmistagatise poliisi esitamist etapiviisiliselt, väiksemate summade kaupa vastavalt etappide maksumustele. Hankija peab põhjendama nõutud vastutuskindluse summade suurust. Põhjendamise kohustuse nõue jäi täitmata kaasuses, kus hankija kehtestas nõude vastutuskindlustuse poliisi koopia esitamise kohta vähemalt 300 000 eurole. VaKo otsustas: „hankija ei ole arusaadaval viisil põhjendanud teoreetiliselt tekkida võiva keskkonnakahju likvideerimise kulukust, mis Hankija väitel tingib sellise mahuga kutsealase vastutuskindlustuse nõude. Kindlustuspoliisi saamine on pakkuja jaoks seotud otseste kulutustega, piirab pakkujate võimalust riigihankes osaleda ja sellise nõude kehtestamine peab olema põhjendatud. Kuna Hankija ei ole esitanud vaidlustusmenetluses mis tahes põhjendusi võimalike kahjude suuruse kohta, tuleb antud tingimus lugeda põhjendamatuks ning õigusvastaseks.“¹⁵⁶

Põhjendamise kohustuse nõue on aga täidetud lahendis, kus VaKo leidis, et arvulise nõude kehtestamise aluseks peab olema orienteeruv arvestus tekkida võivatest kahjudest ja nende rahalisest suurusest.¹⁵⁷ Vaidlustaja vaidlustas nõude, et pakkujal peab olema hankelepingu kehtivuse perioodil vastutuskindlustus (kolmandatele isikutele kahju tekitamine ja

¹⁵⁶ VaKo 20.05.2011, nr 92-11/122948.

¹⁵⁷ VaKo 03.08.2012, nr 154-12/132831.

keskkonnakahjude põhjustamine) vähemalt 50 000 eurot. Hankija põhjendas summa suurust järgmiselt. Jäätmeseaduse § 100 sätestab ohtlike jäätmete käitluslitsentsi taotlejale esitatavad nõuded, sealhulgas vastutuskindlustuse suuruse õnnetusjuhtumitest tekkinud keskkonnareostuse likvideerimise kulude katmiseks. Lõike 2 kohaselt arvutatakse kindlustussumma suurus valemi $M = T \times L / 52$ järgi, kus M on kindlustuse suurus eurodes, T on 255 eurot tonni kohta (kahekordne keskmine arvestuslik ohtlike jäätmete töötlemis- või ladestustasu 2000. aastal), L on summaarne ohtlike jäätmete aastane käitlemiskogus tonnides, mis on käitluslitsentsi taotlejal litsentsi taotluse vormis toodud summaarne kogus ja 52 on nädalate arv aastas. Analoogiat kasutades saab arvutada ka jäätmete veoteenuse pakkuja vastutuskindlustuse suuruse õnnetusjuhtumitest tekkinud keskkonnareostuse likvideerimise kulude katmiseks. VaKo leidis, et käesoleval juhul on hankija põhjendanud seda, miks just sellise suurusega vastutuskindlustuse nõue on esitatud. Vaidlustuskomisjon märkis, et sellise arvestuse tegemine pole kerge, kuid hankija viide jäätmeseaduse § 100 lg-le 2 on antud juhul asjakohane.

Tallinna linnavalitsuse transpordiameti poolt korraldatud hankel ühistranspordi bussipiletite trükkimiseks nõuti vastutuskindlustuse poliisi esitamist pakkuja edukaks tunnistamise korral. Hanketeates nõuti, et pakkujad esitaks vastava kinnituse. Üks pakkuja esitas kinnituse asemel kehtiva vastutuskindlustuse poliisi koopia. Tallinna Halduskohus asus 04.04.2011 tehtud lahendis seisukohale, et kui pakkujal on juba varasemalt sõlmitud kindlustuspoliis, on kvalifitseerimisenõue täidetud.¹⁵⁸

Euroopa Komisjoni poolt 2008. aastal välja töödokumendis „Väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihankelepingutele juurdepääsu hõlbustavate Euroopa parimate tavade juhend“¹⁵⁹ esitatakse järgmine näide: „Saksamaa õiguses on sätestatud, et rahalisi tagatise võib nõuda ainult teatud tingimustel, eelkõige tingimusel, et järgitakse proportsionaalsuse põhimõtet. Ehitustööde lepingute korral võib rahalisi tagatise nõuda lepingute puhul, mille väärtus ületab 250 000 eurot. Teenuslepingute puhul on see piirmäär 50 000 eurot.“

Hankija peab oskama põhjendada nõutud vastutuskindlustuse summade suurust. Arvulise nõude kehtestamise aluseks peab olema orienteeruv arvestus tekkida võivatest kahjudest ja nende rahalisest suurusest.

¹⁵⁸ TlnHKO 04.04.2011, nr 3-11-235/50.

¹⁵⁹ Väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihankelepingutele juurdepääsu hõlbustavate Euroopa parimate tavade juhend (viide 112), lk 16.

2.3. Proportsionaalsuse põhimõtte järgimine pakkujate tehnilise ja kutsealase pädevuse kontrollimisel

Tehnilise ja kutsealase pädevuse miinimumnõuete kehtestamisel peab hankija arvesse võtma, et tingimused peavad olema proportsionaalsed, mõistlikud, mittediskrimineerivad ja ei tohi piirata konkurentsi ning peavad olema hankelepingu eseme suhtes asjakohased.

Vastavalt direktiivi 2004/18 artikli 44 lõike 2 esimesele lõigule võib hankija kindlaks määrata artikli 48 kohase tehnilise ja/või kutsealase suutlikkuse taseme. Artikli 48 lg 1 kohaselt kontrollitakse ja hinnatakse ettevõtjate tehnilist ja/või kutsealast suutlikkust vastavalt lõikele 2. Artikli 48 lg 2 kohaselt võib ettevõtja tehnilist suutlikkust vastavalt ehitustööde, tarnete või teenuste laadile, kogusele või tähtsusele ja kasutusviisile. Artikli 48 lõike 6 kohaselt täpsustavad hankijad hanketeates või pakkumiskutses, milliseid dokumente nad lõike 2 alusel soovivad saada.

Nagu ilmneb direktiivi artikli 48 lõigetest 1 ja 6, loetletakse seal ammendavalt tõendid, mille alusel hankija võib pakkujate tehnilist ja kutsealast pädevust kontrollida. Kuigi lisaks sellele lubab artikli 44 lõige 2 hankijal panna paika miinimumtasemed, millele pakkuja peab vastama selleks, et ta pakkumus tunnistataks hankemenetluses vastavaks, võib viimati nimetatud sätte esimese lõigu kohaselt määrata tehnilise ja kutsealase pädevuse tasemed üksnes artiklis 48 loetletud tõenditele viidates.¹⁶⁰

Autor kontrollis RHS-i § 41 (pakkuja tehniline ja kutsealane pädevus) vastavust direktiivi artiklile 48 (tehniline ja/või kutsealane suutlikkus). Direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 48 lg 2 p e sätestab, et ettevõtja tehnilist suutlikkust võib vastavalt ehitustööde, tarnete või teenuste laadile, kogusele või tähtsusele ja kasutusviisile tõendada teenuse osutaja või töövõtja ja/või ettevõtte juhtkonna ning eelkõige teenuste osutamise või tööde juhtimise eest vastutavate isikute hariduse ja kutsekvalifikatsiooniga. RHS-i § 41 lg 1 sätestab, et pakkuja või taotleja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks nõuab hankija hanketeates vastavalt hankelepingu alusel ostetavate asjade, tellitavate teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja kasutusviisile andmeid pakkuja või taotleja või tema juhtide ja teenuste osutamise või ehitustööde juhtimise eest vastutavate isikute vastavate teenuste osutamiseks või vastavate ehitustööde juhtimiseks vajaliku kogemuse, hariduse ja kutsekvalifikatsiooni kohta.

¹⁶⁰ Eko 10.05.2012, C-368/10.

Erinevuseks peab autor asjaolu, et RHS-i sätte kohaselt on lubatud ka kogemuse küsimine. Direktiiv kogemuse küsimise võimalust ei sätesta. Autor esitas erinevuse küsimuses järelepärimise Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonnale ning sai järgmise vastuse: „kui direktiiv 2014/18 võeti üle riigihangete seadusse ehk Eesti õigusesse, siis Rahandusministeerium esitas Riigikogule eelnõu, mis oli sõna-sõnalt vastavuses direktiiviga. Parlamendis otsustati, et kogemus tuleb ka sättele lisada. Sellisel kujul seadusandja ka riigihangete seaduse vastu võttis. Olukorras, kus riigihangete seadus sellises sõnastuses kehtib, tuleb seda ka täita.“

Autori arvates ei ole direktiivi ülimuslikkust arvestades soovitatav vastutavate isikute varasemat kogemust küsida, st tegemist ei ole sobiva tingimusega.

2.2.1. Varasematele referentsobjektidele esitatavad nõuded

Tehnilise pädevuse tõestamiseks nõutakse sagedamini infot varasemate referentsobjektide kohta (kuni viimase 5 aasta jooksul tehtud sarnaste ehitustööde ja kuni viimase 3 aasta jooksul täidetud asjade müügi või teenuse osutamise lepingute ülevaadet). RHS §-i 41 lg 1 p 1 viitab tehtud ehitustööde nimekirjale; p 2 viitab täidetud asjade müügi või teenuste osutamise lepingutele. Levinud on referentstöö küsimine hankeobjekti eeldatava maksumusest baasil. Viimaste aastate praktika on näidanud, et see pole kõige õnnestunud valik. Majandussurutise tingimustes esitasid pakkujad kavandatud eelarvest isegi poole väiksema maksumusega pakkumusi. Praegu tõdetakse pakkumuste avamisel, et hind on eelarves kalkuleeritust oluliselt kõrgem.

Rahandusministeeriumi juhendmaterjalis „Riigihanke läbiviimise praktilisi nõuandeid toetuse saajale“¹⁶¹ esitatakse järgmised soovitused: „antud sätte kohaselt tuleb kontrollida, kas pakkujal on piisavalt töötajaid, (töö)vahendeid ja kogemusi lepingu täitmiseks ning see ei sõltu kogemuse puhul rahalisest mahust, vaid konkreetsest pädevusest/kogemusest, kus rahalist väljundit küsida ei ole mõistlik. Tehnilise ja kutsealase pädevuse kontrollimiseks ära küsi rahalisi näitajaid, vaid hanke objektiga seotud tehnilisi näitajaid!“ Samas öeldakse: „esita tingimus objekti tehniliste näitajate (m2, m3, pikkus, jõudlus, tükki jne) mitte hinna kohta! Hangid ju pakkuja kogemust konkreetse objekti osas, mitte kogemust hinnaküsimises! Hind ei

¹⁶¹ Riigihanke läbiviimise praktilisi nõuandeid toetuse saajale (viide 7).

näita selle objekti omadusi, mis võib tekitada segadust kvalifikatsiooni kontrollimisel (kui objekt ise vastab küll nõutavale, aga hind oli väiksem nõutavast; teostatud lepingu hind ei ole üheselt näidatav – muutunud käibemaksu, trahvide, viiviste, nõuete tõttu, jne).“

Referentstööde küsimisel peaks ette mõtlema ka seda, kuidas nende täitmist kontrollida. Ehitushangete referentsobjektide kvantitatiivse mahu saab hankija tihti üle kontrollida avalikust andmekogust ehk riiklikust ehitisregistrist.

Referentside küsimisega seoses on püstitunud praktikas järgmised probleemid:

- Milline referentstöö on proportsionaalne hankelepingu objektiga?
- Kuidas määratleda „sarnase lepingu” mõiste?
- Referentstöö tunnuste määramise osas on hankijale jäetud otsustusvabadus. Siin peitub jällegi üks vaidlustuste esitamise allikas.

Hankija peab vältima referentsobjektidele põhjendamatult kitsendavate ja spetsiifiliste nõuete seadmist, kuna nendega piiratakse konkurentsi. Teatud olukordades võib spetsiifiliste nõuete esitamine lähtudes objekti esemest või keerukusest olla põhjendatav. Referentstöödele saab sätestada miinimumnõudeid nii rahalises vääringus kui ka muude näitajate osas (ehitustööde puhul nt netopinna osas). Arvestades nt ehitushindade suurt kõikumist viimastel aastatel ei ole soovitatav küsida varasemat kogemust lähtudes referentsobjekti maksumusest. Nõutava sarnase objekti ülemised piirid peaksid lähtuma hankelepingu esemest (olema maksimaalselt sama maksumuse või muude numbriliste näitajatega). Riigihangete seaduses tuleks soovitusena esitada põhimõte, et nõutava referentsobjekti parameetrid võiksid olla võrreldes hankelepingu esemega maksimaalselt sama kõrgete numbriliste näitajatega.

VaKo-s on korduvalt vaidlustatud hankijate tõlgendust, millist tööd saab lugeda sarnaseks tööks. Kui referentsobjekt on liiga kitsalt määratletud, on tegemist ebaproportsionaalse otsusega, kuna valitud meede ei ole eesmärgi saavutamiseks vajalik.

VaKo 09.10.2012. a. otsuses arutatakse „sarnase lepingu” mõiste üle. Hankija esitas hanketeates nõude, et kaks varasemat lepingut peavad olema hankeobjektiga sarnased. Hankija lisas täpsustuse, et hankeobjektiga seotud valdkonnaks on tõsteseadmete hooldus, remont ja nende kasutajate väljaõpe. VaKo hinnangul sai kvalifitseerimise tingimuse sõnastusest teha järelduse, et pakkujal pidi olema eelnevalt kogemus nii sõidukite tõsteseadmete hoolduse ja remondi, kui ka nende kasutajate väljaõppe alal. Hankija

kvalifitseeris pakkuja, olles jätnud välja selgitamata, kas see referentsina esitatud lepingus teostas kasutajate väljaõpet või ei. VaKo leidis, et hankija ei saa oma otsust rajada ainult eeldusele, et remondi ja hooldusega alati kaasneb väljaõpe. Vastavalt RHS §-i 39 lg 1 esimesele lausele peab hankija kontrollima, kas pakkuja majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele. Tulenevalt eespool toodust asus VaKo järgmisele seisukohale, et: „hankija ei ole kontrollinud isiku kvalifikatsiooni vastavust hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimusele ning on vastuolus RHS § 39 lg-ga 6 jätnud isiku kvalifitseerimise otsuse tegemisel välja selgitamata põhjendatud kvalifitseerimise otsuse tegemiseks vajalikud asjaolud. Hankija otsus on seetõttu läbipaistmatu ja kontrollimatu (vastuolus RHS § 3 punktiga 2).“¹⁶²

Lahendist võib teha järelduse, et hankija peab olema väga hoolikas ja täpne hanketeates kvalifitseerimistingimuste sõnastuse seadmisel ning sätestada tuleb vaid olulised kriteeriumid.

Termini „analoogne“ üle arutletakse Tartu Tervishoiu Kõrgkooli õppehoonele koristusteenuse osutamise hanke vaidluses. Hanketeatest lähtuvalt pidi pakkujal olema koristusteenuse osutamise kogemus vähemalt ühel 5000 m² või suurema koristuspinnaga analoogsel objektil. VaKo arutles lahendis järgmiselt: „arvestades, et hankeleping sõlmitakse koristusteenuse osutamiseks õppehoones, on objektiks õppehoone. Järelikult peab selline objekt (mitte objektil osutatav koristusteenus) olema samataoline (sarnane). Eesti õigekeelsussõnaraamatu ÕS 2006 kohaselt on sõna analoogne esimeseks (ning ainsaks käesoleval juhul kohaseks) tähenduseks „(millegagi) samataoline, sarnane“. /.../ Vaidlustaja poolt esitatud objektid (Väo Elektriijaam; Silberauto Tartu esindus, Volvo Estonia Tartu esindus) ei ole käsitletavad õppehoonega analoogsete objektidena. Seda järgmistel põhjustel:

- 1) õppehoonel on väga konkreetne kasutuslik sihtotstarve ning sellest tingitud eripära, mistõttu objekti üldise funktsionaalsuse tõttu ei saa käsitleda õppehoonega analoogsete objektidena Väo Elektriijaama ning automüügi esindusi;
- 2) Tartu Tervishoiu Kõrgkooli õppehoone on ette nähtud kuni ca 1100 üliõpilase ning 150 õppejõu/töötaja igapäevaseks kasutuseks. Seega ei saa Väo Elektriijaama (milles Vaidlustaja enda andmetel töötab ca 15-20 inimest) ega automüügi esindusi kasutuse intensiivsusest käsitleda õppehoonega analoogsena;
- 3) HD Lisas 2 esitatud koristatavate ruumide eksplikatsioonitabeli kohaselt moodustavad valdava osa koristatavate ruumide mahust auditooriumid, laborid ja kabinetid. Hanke- ja vaidlustusmenetluses ei ole esitatud konkreetseid andmeid selle kohta, millise sihtotstarbega

¹⁶² VaKo 09.10.2012, nr 191-12/135019.

ruume tuleb Vaidlustajal koristada Silberauto Tartu esinduses ja Volvo Estonia Tartu esinduses, kuid Vaidlustaja 17.09.2012. a kirjas esitatud andmete kohaselt koosneb koristatav sisepind Vão Elektriijaamas (5 101 m²) valdavalt tehnilistest ruumidest ning muude ruumide maht ei ulatu isegi viiendikuni üldmahust.“¹⁶³

Mõiste „analoogse” sisustamisel lähtuti nii kasutajate arvust (kasutusintensiivsusest) kui ka kasutuse sihtotstarbest ja ruumide eripärast.

Lahendis viidatakse ka Majandus- ja kommunikatsiooniministri määrusele „Ehitise kasutamise otstarvete loetelule.“¹⁶⁴ Määrus annab ehitiste liigituse lähtudes nende kasutusotstarbest. „Tuvastades, mida tuleb mõista õppehoonega analoogse objektina, on Hankija otsuse õiguspärasuse hindamisel põhimõtteliselt asjakohane arvestada ka määruuses sätestatuga. Määruse kohaselt kuuluvad ülikoolikooli ja rakenduskõrgkooli õppehooned vastavalt kasutusotstarbele liiki haridus- ja teadushooned (kood 12630), kuhu kuuluvad ka teiste haridusasutuste õppehooned ja teadushooned, kuid ei kuulu elektriijaama ning automüügi esinduste hooned. Seega kinnitab ka Määruuses sätestatu seisukohta, et Vão Elektriijaam ning Silberauto Tartu esindus ja Volvo Estonia Tartu esindus ei ole käsitletavad Tartu Tervishoiu Kõrgkooli õppehoonega analoogsete objektidena.“¹⁶⁵

Autor soovib VaKo praktikale tuginedes hankijatel lähtuda analoogsete ehitusobjektide mõiste sisustamisel määruuses „Ehitise kasutamise otstarvete loetelu“ esitatud kasutusotstarbe järgsetest liigitustest. Alates 01.01.2013 kehtib määruse uus terviktekst.¹⁶⁶ Ehitise kood tuleks esitada mitte rohkem kui kolme esimese numbri täpsusega. Selline referentsobjekti kirjeldamine aitab laiendada pakkujate ringi, tekitada suuremat konkurentsi ja seeläbi saada odavamaid pakkumusi.

Eesti standardis EVS 915:2012¹⁶⁷ antakse järgmised soovitused määruuses „Ehitise kasutamise otstarvete loetelu“ esitatud koodide valimiseks: „Hankija peab määrama, milline koodide täpsusaste vastab hankija määratletud tunnustele. Nt on määruse kohaselt lasteaed koodiga 12631, koolihoone koodiga 12632 jne. Isik, kes on projekteerinud või ehitanud

¹⁶³ VaKo 03.10.2012, nr 198-12/136354.

¹⁶⁴ Ehitise kasutamise otstarvete loetelu. MKMm 26.11.2002 nr 10. – RTL 2002, 133, 1950 ... RT I, 07.12.2012, 11.

¹⁶⁵ VaKo 03.10.2012, nr 198-12/136354.

¹⁶⁶ Ehitise kasutamise otstarvete loetelu. MKMm 04.12.2012 nr 78. – RT I, 07.12.2012, 9.

¹⁶⁷ Eesti standard EVS 915:2012. EVS Teataja 2012 (viide 8), lk 43.

lasteaias, suudab tõenäoliselt projekteerida ka koolihoone, kuna mõlema projekteerimisspetsiifika on sarnane. Sellisel juhul on mõistlik nimetada referentsiks selliste hoonete projekteerimisteenused, mis on nimetatud koodi 126 alamkoodides (12600 meelelahutus-, haridus-, tervishoiu ja muud avalikud hooned). Hankija võib vajadusel määrata koode ka kitsamalt, kui see on tulenevalt hankelepingu esemest vajalik ega piira konkurentsi, kuid soovitatav on esitada nõudeid referentsobjektidele mitte kitsamalt kui koodi kolme esimese numbriga kaudu (näiteks 12600).“

Eesti Rahva Muuseumi peahoone ehitamise hankel sätestati hanketeates nõue, et pakkuja peab olema ehitanud peatöövõtjana vähemalt kaks minimaalselt 18 000 m² suletud netopinnaga sarnast uusehitist, millele on hanke väljakuulutamise päevale eelneva viie aasta jooksul väljastatud kasutusluba. Sarnased ehitised on hankija arvates Majandus- ja kommunikatsiooniministri 26. novembri 2002. a määruse nr 10 „Ehitise kasutamise otstarvete loetelu“ kohaselt järgmistesse kategooriatesse liigitatavad ehitised: 12130 – toitlustushooned; 12200 – büroo- ja administratiivhooned; 12310 – jaekaubandushooned; 12610 – meelelahutushooned, välja arvatud muuseumid, kunstigaleriid (12620), spordihallid ja võimlad (12651); 12620 – muuseumi- ja raamatukoguhooned; ja/või 12630 – haridus-, teadushooned, välja arvatud (üli)õpilaste ühiselamud (11321), raamatukogud (12623) ja ülikooli kliinikud (12641). Hankija selgituste kohaselt on ta konkreetsete kasutusotstarvete määramisel lähtunud sellest, et hankelepingu alusel tuleb ehitada avalikku funktsiooni kandev esinduslik hoone üheaegse külastajate arvuga 3500 inimest, hoone kasutusfunktsioonidest, hoone kasutuslaadist. Hankija hinnangul elamud, hotellid, laohooned, hulgimüügikauplused jmt ei vastas kasutuslaadilt ja –funktsioonilt hankeobjekti olemusele.

VaKo arutles: „Vaidlustuskomisjoni hinnangul näitab Hankija poolt määratud konkreetsete kasutamise otstarvetega ehitiste ehitamine pakkuja võimet sõlmitavat hankelepingut täita, st tingimus konkreetsete kasutamise otstarvetega seonduvalt on kohane. Küsimus on aga selles, kas sõlmitava hankelepingu täitmiseks on konkreetsete ehitiste kasutamise otstarvete määramine vajalik. Kvalifitseerimise tingimus on vajalik, kui pakkuja võimet ei ole sama veenvalt võimalik tõendada kergema tingimusega. Käesoleval juhul siis sellega, et määratletud kasutamise otstarbeid oleks rohkem või tingimus oleks seatud vaid eelneva ehitamise kogemusele, konkreetseid kasutamise otstarbeid määratlemata. Vaidlustuskomisjoni hinnangul ei saa kvalifikatsiooni kontrollimiseks nõutavate dokumentide sisu määramisel käsitada RHS § 41 lg 1 punktis 1 toodud mõistet ”hankija poolt määratletud tunnustele vastav ehitustöö” hankija suvaõigusena nõuda mis tahes tunnustele vastavate ehituslepingute

andmeid. Tulenevalt RHS § 3 punktidest 3 ja 4 peab hankija kaalutlema esitatavaid nõudeid proportsionaalsuse ja konkurentsi tagamise eesmärkidest lähtuvalt. RHS mõttega on kooskõlas mõista RHS § 41 lg 1 preambulis sätestatud tingimust "vastavalt hankelepingu alusel tellitavate ehitustööde olemusele, kogemusele ja kasutusviisile" mitte üksnes selle lõike punktides nimetatud erinevate tõendite valiku alusena, vaid ka nende tõendite sisu ja ulatuse määratlemise alusena. RHS § 41 lg 1 alusel nõutava tõendi alusel kontrollitav kvalifitseerimise tingimus peab lähtuvalt RHS § 39 lõikest 1 olema piisav pakkuja või taotleja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastav ja proportsionaalne hankelepingu esemeks olevate ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. Hankeleping sõlmitakse Eesti Rahva Muuseumi peahoone ehitamiseks. Hankija on põhjendanud pakkujate eelnevale kogemusele vaidlusaluse nõude kehtestamist eelkõige ehitatava hoone kasutusfunktsioonidega – muuseum, näitusesaalid, hoidlad, büroopinnad, toitlustusasutused, konverentsifunktsioonid, kino, teater, õppeklassid, auditooriumid. Hankija esindaja vaidlustuse läbivaatamisel antud selgituste kohaselt lähtus Hankija ka sellest, et ehitatavas hoones on palju avatud, suuri pindasid (avalik ruum) ja seetõttu on välistatud näiteks korterelamute ehitamise varasem kogemus. Hankija esindaja selgituste kohaselt avatud, suured pinnad nõuavad spetsiifilist viimistluse kogemust. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et konkreetsete ehitiste kasutusotstarvete määratlemine oleks vajalik siis, kui hankelepingu alusel ehitatava hoone ehitamise nõuded sarnaneksid just Hankija määratletud kasutamise otstarvetega ehitiste ehitamise nõuetega. Ehitiste kasutamise otstarvetest tulenevalt võib olla kehtestatud erinevaid ehitamiseks, kuid Hankija ei ole neid käesoleval juhul nimetanud. Vaidlustuskomisjonile pole teada õigusakte, mis kehtestaksid spetsiifilisi ehitustehnilisi nõudeid avarate ruumide ehitamiseks ja viimistlemiseks. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et Hankija pole vaidlusmenetluses tõendanud seda, milles seisneb spetsiifiline HT-s loetletud kasutamise otstarvetega ehitiste korduval ehitamisel saadav kogemus ja miks on just see kogemus sõlmitava hankelepingu esemeks olevateks ehitustöödeks vältimatult vajalik. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et tingimused referentsobjektidele on osas, mis puudutab konkreetsete ehitiste kasutamise otstarvete määratlemist, vastuolus RHS § 3 punktiga 3 ja § 39 lg 1 teise lausega.¹⁶⁸

RHS § 18¹ lõikes 1 antakse Vabariigi Valitsusele volitusnorm ehitustööde riigihanke piirmäära ületavate ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamise eeskirja kehtestamiseks. RHS §-i 15 lg 1 punkti 2 kohaselt on ehitustööde hankemenetluse korraldamise kohustuse maksumuse piirmäär ehk riigihanke piirmäär 250 000 eurot

¹⁶⁸ VaKo 01.04.2011, nr 50-11/123879.

(käibemaksuta maksumus). 2013. aasta veebruari lõpus algatati vastava määruse¹⁶⁹ eelnõu kooskõlastamine. Määruse jõustumiseks on rakendussätete kohaselt kavandatud 01.07.2013. a. Määruse eelnõu § 5 lõike 1 kohaselt esitab hankija pakkuja tehnilise pädevuse hindamisel nõuded varasemate referentstööde nimekirjale lähtuvalt ehitusseaduse § 26 lõike 5 alusel kehtestatud ehitise kasutamise otstarvete loetelus toodud ehitise koodi mitte rohkem kui kolmest esimesest numbrist. Kui hankija hinnangul ei ole pakkuja või taotleja kogemuste tõendamiseks ehitise vastav kood piisav või ei kirjelda ehitise osa piisavalt täpselt, esitab hankija hankedokumendis ehitise või selle osa, nagu näiteks tehnosüsteemi, kirjelduse.

Määruse eelnõu seletuskirjast võib lugeda järgmist: „määruse § 5 lõige 1 annab hankijale juhise, et võrdlusobjektidele ei kehtestataks liiga üksikasjalikke nõudeid. „Ehitusseaduse“ § 26 lõike 5 alusel on majandus- ja kommunikatsiooniministri 26. novembri 2002.a määrusega nr 10 kehtestatud „Ehitise kasutamise otstarvete loetelu“, mille kohaselt ehitise kasutamise otstarve koosneb ehitise kasutamise otstarbe nimetusest ja sellele vastavast viiekohalisest koodist. Ehitise nimetused koos neile vastavate viiekohaliste koodidega on toodud määruse lisas 1 ning erinevatele hoonetüüpidele on kehtestatud erinevad koodid. Nii näiteks on lasteaed koodiga 12631 ja koolihoone koodiga 12632. Eelnõus lähtutakse eeldusest, et isik, kes on projekteerinud või ehitanud lasteaia, suudab suure tõenäosusega projekteerida või ehitada ka koolihoone, kuna mõlema hoone ehitustehniline spetsiifika on sarnane. Seega on kõnealuses näites võrreldavaks hooned, mille koodid algavad numbritega 126 (st esitatakse koodi kolm esimest numbrit). Eelnõu autorite hinnangul aitab võrdlusobjektide selline kirjeldamine laiendada pakkujate ringi ja seega tekib lõpptulemusena suurem konkurents, vähenevad vaidlused ja on võimalus saada odavamaid pakkumusi. Samuti teeb kasutamise otstarbe loetelu kasutamine pakkumused paremini võrreldavaks. Kui hankija hinnangul ei ole pakkuja või taotleja kogemuste tõendamiseks ehitise vastav kood (kolm esimest kohta) piisav või ei kirjelda ehitise osa piisavalt täpselt, esitab hankija hanketeates kirjelduse ehitise või selle osa, nagu näiteks tehnosüsteem kohta, millist võrdlusobjekte ta eeldab.“¹⁷⁰

Autor arvates peaks määruses sätestatud põhimõtet koodide kasutamiseks kolme esimese numbri täpsusega rakendama analoogia korras ka alla piirmäära jääva maksumusega

¹⁶⁹ Ehitustööde riigihanke piirmäära ületavate ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamise eeskiri. Vabariigi Valitsuse määruse eelnõu. – Arvutivõrgus: <http://eelvoud.valitsus.ee/main#vrWKf4cX> (27.02.2013).

¹⁷⁰ Samas.

ehitushangete korral. Ebaoproportsionaalse tingimusega on tegemist juhul, kui lepinguobjekt määratletakse väga detailset. Sellisel käituses piiratakse põhjendamatult konkurentsi.

Referentsobjekti saab kirjeldada ka CPV määruses ¹⁷¹ esitatud koodidega. CPV koodide kasutamise nõuanded on esitatud CPV 2008 selgitavates märkustes. ¹⁷² Ühtne riigihangete klassifikaator koosneb põhiklassifikaatorist ja lisaklassifikaatorist. Põhiklassifikaator koosneb hangetes ühiselt kasutatavast kaupade, tööde ja teenuste koodide loendist. Lisaklassifikaator on koostatud selleks, et aidata tellijal lepingu eset täpsemalt kirjeldada. Pakkumiskutse eseme kirjeldamiseks saavad kasutajad valida koode CPV põhiklassifikaatori koodide seast ning lisada täiendava kirjeldava teabe vajaduse korral lisaklassifikaatori koode.

CPV koodide kasutamisele on viidanud VAKO näiteks 23.11.2012 tehtud lahendis: „Euroopa Liidu määrusega nr 2195/2002 (CPV määrus) on kehtestatud ühtne riigihangete klassifikaator (CPV) ehk riigihangete puhul kohaldatav ühtne klassifikatsioonisüsteem, et ühtlustada ametiasutuste ja tellijate poolt lepinguobjektide kirjeldamiseks kasutatavad viited. Eeldatakse, et hankija kasutab lepinguobjektide kirjeldamiseks kõige täpsemat võimalikku CPV koodi. Vaidlustuskomisjon tugineb oma seisukohas ka Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 31.03.2004 direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 35 lõige 1 punkti a viimasele lausele, mis reguleerib eelteates tooteliikide esitamist järgmiselt: ostjad määratlevad tootevaldkonnad CPV nomenklatuurile viidates.“ ¹⁷³

Kui hankijad kasutavad tööde kirjeldamiseks CPV koode, tuleb need piisavalt täpselt määratleda. Näiteks üldehitustöid kirjeldatakse kolme esimese koodi täpsusega, eritöid nelja esimese koodi täpsusega.

S. Arrowsmith toob CPV koodide süsteemi kasutamisega seoses esile probleemi, et see pole ostja ehk lõppkasutaja põhine, vaid tootjapõhine süsteem ning seetõttu on ostjatel seda raske kasutada. ¹⁷⁴

¹⁷¹ Euroopa Komisjoni 28.11.2007. a. määrus nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega. - ELT L 74, 15.03.2008, lk 1—375 (11.02.2013).

¹⁷² CPV 2008 selgitavad märkused. - Arvutivõrgus:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216064&folderId=187313&name=DLFE-10002.pdf (11.02.2013).

¹⁷³ VaKo 23.11.2012, nr 215-12/136278.

¹⁷⁴ S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. 2010. Arvutivõrgus:

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (31.01.2013).

Arvestades CPV koodide suurt hulka ja muutumist ajas, ei ole mõistlik töid koodi täpsusega hanke alusdokumentides kirjeldada. CPV koodi kasutamise kasuks referentstöö iseloomustamisel võib aga pidada asjaolu, et kõigi hangete puhul tuleb hanketeates määratleda ja näidata hankelepingu ese CPV koodi põhisel.

Järgnevalt esitatakse ülevaade VaKo-s püstitunud arutelust referentstööde mahu üle (mahu nõudeks seati vähemalt 2 minimaalselt 18 000 m² suuruse suletud netopinnaga sarnast uusehitist). Vaidlustaja soovis, et suletud netopinna nõuet vähendataks 10 000 ruutmeetriks. Hankija selgituste kohaselt on ehitatava hoone suletud netopinnaks 33 264 m² ja tavapäraselt referentsobjekti maht moodustab ca 70% hankeobjekti mahust. Antud juhul aga minimaalselt 54%, tasakaaluks on seatud nõue kahe sellise objekti ehitamise kogemusele. Seega on hankija seda kvalifitseerimise tingimust põhjendanud ehitatava hoone suurusega. VaKo arutles ka selle kriteeriumi puhul nõude kohasuse ja nõude vajalikkuse üle. „Kvalifitseerimise tingimuste RHS-ile vastavuse hindamisel saab vaidlustuskomisjon igal üksikul juhul juhinduda konkreetse riigihanke esemest ja hankija esitatavatest kaalutlustest, põhjendustest tingimuse kehtestamisel. Vaidlustuskomisjon ei nõustu vaidlustajaga selles, et nõue pole kohane – 18 000 m² suletud netopinnaga ehitiste varasem ehitamine näitab pakkuja eeldatavat võimet hankelepingu täita. Küsimus on aga selles, kas nõue on vajalik – kas väiksema suletud netopinnaga ehitiste ehitamine ei näita sama veenvalt pakkuja eeldatavat võimet hankelepingu täita. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et olukorras, kus sõlmitava hankelepingu alusel tuleb ehitada hoone, mille suletud netopinnaks on 33 264 m², ei saa kahe 18 000 m² suletud netopinnaga uusehitise ehitamise kogemuse nõuet pidada ebaproportsionaalseks. Pakkuja võimet hankelepingu täita ei ole sama veenvalt võimalik tõendada kahe 10 000 m² ehitise ehitamise kogemusega. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et hankelepingu alusel ehitatava ehitisega samas suurusjärgus või antud juhul 54% väiksema ehitise ehitamise kogemus näitab veenvamalt pakkuja võimet hankelepingu täita kui näiteks 30% väiksemate ehitiste ehitamise kogemus.“¹⁷⁵

Järelikult ehitiste puhul on varasema ehitamise kogemuse nõude esitamine lähtudes ehitatava hoone suurusest (ruutmeetrite arvust) kohane meede. Nõude vajalikkuse üle otsustades tuleb aga esitada küsimus, kas väiksema suletud netopinnaga ehitiste ehitamine ei näita sama veenvalt pakkuja eeldatavat võimet hankelepingu täita.

¹⁷⁵ VaKo 01.04.2011, nr 50-11/123879.

Vako pidas proportsionaalseks hankija poolt sätestatud kvalifitseerimistingimust, mille kohaselt pakkuja pidi viimase viie aasta jooksul olema ehitanud kolm sõlmitava hankelepingu eeldatavast maksumusest (846 947,24 eurot) madalama maksumusega (600 000 eurot) teed.

176

2.2.2. Võtmeisikutele esitatavad nõuded

RHS §-i 41 lg 1 p 5 kohaselt võib hankija sätestada tingimused teenuste osutamise või ehitustööde juhtimise eest vastutavate isikute kogemuse, hariduse ja kutsekvalifikatsiooni kohta. Nõuded peavad vastama hankelepingu alusel tellitavate teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja kasutusviisile.

Praktikas püstitub küsimus, missugune peaks olema pakkumuses vastutavate võtmeisikute kogemus, haridus või kutsekvalifikatsioon, et see oleks proportsionaalne hankelepingu eseme suhtes?

Ehitustööde korral tuleb vastutavate isikute kvalifitseerimisinõuete kehtestamisel arvesse võtta ka ehitusseaduses ¹⁷⁷ sätestatud. Vastavalt EhS § 47 lg-le 2 peab vastutaval isikul olema ehitamisega tegelemiseks täidetud üks järgnevatest nõuetest: a) talle on omistatud kutsekvalifikatsioon kutseseaduse tähenduses, mille kohaselt isik korraldab ressurside jagamist ja teiste tööd ning vastutab selle töö eest, või b) vastutaval isikul on erialane kõrgharidus ja erialane kolmeaastane töökogemus.

Ehitusvaldkonna kutsestandardid on avaldatud sihtasutuse Kutsekoda veebilehel, kust võib leida infot, milline kutsekvalifikatsioon on piisav hankelepingus sätestatud tööde nõuetekohaseks täitmiseks ning kust saab valida kvalifitseerimistingimustes nõutava vastutava spetsialisti kutsenimetuse. Kuna kutsesüsteemiga liitumine on Eestis vabatahtlik, tuleks kutsetunnistuse nõude esitamise korral sätestada ka võimalus antud nõudele vastavust tõendada töökogemuse ja haridusega, mis on kutsetunnistuse saamise eelduseks. ¹⁷⁸

Rahandusministeerium on esitanud oma koolitusmaterjalis ¹⁷⁹ järgmised soovitusel: „kui soovid hinnata ka kindlaid füüsilisi isikuid (spetsialiste), ära esita väga kõrgeid nõudeid –

¹⁷⁶ VaKo 15.01.2013, nr 260-12/139262.

¹⁷⁷ Ehitusseadus. – RT I 2002, 47, 297 ... RT I, 25.05.2012, 22.

¹⁷⁸ Eesti standard EVS 915:2012 (viide 8), lk 63-64.

¹⁷⁹ Riigihanke läbiviimise praktilisi nõuandeid toetuse saajale (viide 7).

võib juhtuda, et vastava kogemusega isikut ei leidugi. Pigem pööra tähelepanu kogemuse olemasolule kui kindla erialase hariduse olemasolule. Otsusta, kumb on antud lepingutäitmise korral olulisem ja nõua pigem ainult seda (kui haridus ei ole eraldiseisvalt lisaks kogemusele mõne õigusakti poolt kohustuslikuna nõutav). Füüsiliste isikute puhul võib tingimused kehtestada nii kvalifikatsiooni kontrolli (RHS § 41 lõige 1 p 5 alusel) kui pakkumuse vastavuse kontrolli osas (pakkumuse osana)“.

Järgnevalt on esitatud näide kogemuse küsimise kohta vaidlustuskomisjoni praktikast. Hanketeates sätestati, et pakkuja projektijuht peab olema projektijuhina viimase 5 aasta jooksul juhtinud 1 minimaalselt 18 000 m² suletud netopinnaga sarnase uusehitise ehitamist. Vaidlustaja soovis, et vastav näitaja tuleks alandada 10 000-le m²-le. Hankija selgituste kohaselt on projektijuhilt nõutav kompetentsus asjakohane ja õiguspärane, tuleneb hanke eseme suurusest, keerukusest ja olulisusest. Vaidlustuskomisjon esitas järgmised põhjendused: „projektijuhil tuleb sõlmitava hankelepingu alusel juhtida hoone, mille suletud netopind on 33 264 m², ehitamist. /.../ Projektijuhi eeldatavat võimet sõlmitavat hankelepingut täita näitab see, milliseid (kui suuri) projekte ta varem on juhtinud. Arvestades seda, et sõlmitava hankelepingu alusel ehitatakse hoone suletud netopinnaga 33 264 m² on vaidlustuskomisjoni hinnangul ühe 18 000 m² hoone ehitamise kogemuse nõue proportsionaalne.“¹⁸⁰

Mitmeid kordi on VaKo-s vaidlustatud projektijuhilt või objektijuhilt nõutavat väga hea eesti keele oskuse nõuet.¹⁸¹ Väljavõtte VaKo lahendist: „vaidlustuskomisjon on seisukohal, et põhimõtteliselt ei ole välistatud võimalus kehtestada RHS § 41 lg 1 p 3 alusel pakkuja või taotleja tehnilistele töötajatele kvalifitseerimise tingimusena ka nõue keeleoskuse kohta, samas peab selline nõue aga otseselt tulenema hankelepingu eseme olemusest ning olema sellega vahetult seotud. Keelenõude seadmisel võib hankija minna vastuollu ka RHS § 3 p-s 4 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõttega. Eesti keele väga hea valdamise nõude esitamine tähendab, et riigihanke täitmisele ei ole võimalik kaasata mõnes valdkonnas laiaulatuslikke kogemusi omavaid, seni tööd nt inglise, saksa või vene keeles teostanud isikuid. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et kahtlemata on ettevõtja, kellega hankeleping sõlmitakse, kohustatud tagama seaduses ettenähtud eestikeelse asjaajamise, kuid selle korraldamise viis on selle isiku otsustada.“

¹⁸⁰ VaKo 01.04.2011, nr 50-11/123879.

¹⁸¹ VaKo 13.01.2011, nr 266-10/121515; VaKo 13.01.2011, nr 271-10/121826.

VaKo leidis 01.09.2010 tehtud lahendis, et alati ei saa koolituse läbimise nõue olla käsitletav nõudena kutsekvalifikatsioonile. SA Põhja-Eesti Regionaalhaigla riigihanke „Koristusteenus ja porivaipade vahetusteenus” hanketeate kohaselt pidi pakkuja teenuste osutamiseks kaasama objektijuhi ning töödejuhataja, kes peavad olema läbinud nii erialase kui hügieenialase koolituse. Vaidlustaja leidis, et nimetatud koolitusenõue on põhjendamatu, kuna ükski puhastusteenuse osutaja ei hoia palgal inimesi, keda pidevalt koolitatakse erivajadustest lähtuvalt igaks juhuks. Mõistlik on, et sellise koolituse läbimiseks määratakse tähtaeg lepingu sõlmimisest alates. Vaidlustuskomisjon asus järgmisele seisukohale: ”RHS § 41 lg 1 p 5 alusel nõutavate andmete kaudu ei ole kontrollitav Hankija esitatud kvalifitseerimise tingimus hügieenialase koolituse läbimise kohta. Kutseseaduse § 3 p 2 kohaselt on kutse hindamise ametlik tulemus, mis saadakse, kui kutset andev organ otsustab, et isikul on kutsealal vajalik kompetentsus, mille tase on määratud asjakohases kutsestandardis; (kutse)kvalifikatsioon kutseseaduse § 3 p 5 tähenduses on hindamise ametliku tulemusena tunnustatud kompetentsus, millega kaasneb iseseisvus ja vastutus. Hankija pädevuses ei ole puhastusteenuse tellimisel sisustada kutset ja kutsekvalifikatsiooni turul pakutavate koolituste kaudu.”¹⁸²

Vabariigi Valitsuse määruse „Ehitustööde riigihanke piirmäära ületavate ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamise eeskiri“ eelnõu¹⁸³ paragrahvis 6 sätestatakse kutsekvalifikatsiooni nõuded projekteerimisteenuse osutamise ja ehitustööde ning projekteerimis- ja ehitustööde juhtimise eest või ehitustööde tegemise eest vastutavatele isikutele.

Eelnõu §-i 6 lõike 1 kohaselt esitab hankija kutsekvalifikatsiooninõuded projekteerimisteenuse osutamise eest, ehitustööde või projekteerimis- ja ehitustööde juhtimise eest või ehitustööde tegemise eest vastutavatele isikutele eelkõige viitega vastavale kutsele või kutse omistamise aluseks olevate hariduse ja töökogemuse nõuete kirjeldamise kaudu, kutsestandardi puudumisel hariduse ja töökogemuse nõuete kirjeldamise kaudu. Hankija poolt esitatud nõuete täitmist tõendatakse kutsetunnistusega, selle puudumisel muude dokumentide alusel. Kutsetunnistus tõendab isiku vastavust hankija poolt kehtestatud nõuetele juhul, kui kutsetunnistuse väljastamise aluseks olnud nõue oli võrdne hankija poolt sätestatud nõudega või sellest kõrgem.¹⁸⁴

¹⁸² VaKo 01.09.2010, nr 14710/119853.

¹⁸³ Ehitustööde riigihanke piirmäära ületavate ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamise eeskiri (viide 169).

¹⁸⁴ Samas.

Eelnõu seletuskirja kohaselt on nimetatud regulatsiooni eesmärgiks halduskoormuse vähendamine. Kuna riik on loonud kutsesüsteemi, kus on juba isikute pädevust hinnatud, siis on mõistlik kasutada kutse omistamise aluseks olevaid nõudeid ka hankemenetluses kutsealase pädevuse kirjeldamisel. Lihtsam viis hankija poolt esitatud nõuete täitmise tõendamiseks on kutsetunnistus, kutsesüsteemi olemasolul ei ole hankijal enam vajalik nõuda ja hinnata vastutavate isikute CV-sid.¹⁸⁵

Eelnõu §-i 6 lõike 2 kohaselt võib projekteerimise või ehitustööde tegemise eest vastutavatele isikutele esitada nõudeid lisaks kutse, hariduse ja töökogemuse nõudele ka eelnevate sarnaste tööde või teenuste kaudu, arvestades proportsionaalsuse ja asjakohasuse põhimõtet. Sarnaste tööde hindamiseks kasutab hankija ehitusseaduse § 26 lõike 5 alusel kehtestatud ehitise kasutamise otstarvete loetelus toodud ehitise koodi mitte rohkem kui kolme esimest numbrit.

186

Eelnõu § 6 lõikes 3 sätestatakse järgmist: „kui hankija esitab hanketeates nõude käesoleva lõike punktis 1 nimetatud isikutele, eeldab hankija, et nimetatud isikuid kasutatakse hankelepingu vahetul täitmisel. Juhul, kui hankija lubab nimetatud isiku hankelepingu täitmisel asendada teise isikuga, nõuab hankija hankedokumentides, et hankelepingu vahetul täitmisel kasutataks vähemalt sama või kõrgema kvalifikatsiooniga isikuid.“¹⁸⁷

Autori arvates ei tohiks võtmeisikute referentstöödele esitatavate nõuete ülemised piirid olla kõrgemad hankelepingu eseme näitajatest (võiksid olla maksimaalselt sama maksumuse või muude numbriliste näitajatega). Seisukoha olulisust arvestades peaks selle esitama riigihangetes seaduses.

2.2.3. Registreeringute ja tegevuslubade nõuded

Kui hankelepingu alusel sooritatava tegevuse jaoks on õigusaktides kehtestatud erinõuded, nimetab hankija hanketeates, milliste erinõuete, registreeringute või tegevuslubade olemasolu on pakkuja või taotleja kvalifitseerimiseks nõutavad. Õigusaktides kehtestatud erinõuete täitmise kontrollimiseks nõuab hankija hanketeates pakkujalt või taotlejalt tegevusloa või

¹⁸⁵ Samas.

¹⁸⁶ Samas.

¹⁸⁷ Samas.

registreeringu või muu erinõude täitmist tõendava asjakohase tõendi või tema asukohariigi õigusaktide kohaselt vastavasse organisatsiooni kuulumise kohta tõendi esitamist, kui need ei ole hankijale oluliste kulutusteta andmekogus olevate avalike andmete põhjal kättesaadavad.

188

Direktiivis on sätestatud erinõuetega seonduv artiklis 46 (sobivus tegeleda kutsealase tööga): igalt hankelepingute sõlmimises osaleda soovivalt ettevõtjalt võib nõuda tõendeid selle kohta, et ta on vastavalt oma asukohariigi seadustele kantud erialasesse või äriregistrisse. /.../ Teenuste riigihankelepingute sõlmimise menetluses võib ostja juhul, kui kandidaatidel või pakkujatel peab oma päritoluriigis asjaomase teenuse osutamiseks olema luba või kui nad peavad kuuluma teatavasse organisatsiooni, nõuda neilt loa olemasolu või organisatsiooni kuulumise tõendamist.

Kuni 01.06.2010 kehtinud RHS §-i 41 lg 3 redaktsiooni kohaselt pidi hankija kontrollima, kas pakkujal on registreeringud ja tegevusload kõigi hankelepingu täitmise käigus ettetulevate registreeringut või tegevusluba nõudvate eritööde jaoks, ükskõik kui tühise osa need lepingu üldmahust moodustasid.

RHS §-i 41 lg 3 kehtiv redaktsioonis sätestab: „kui hankelepingu alusel sooritatava tegevuse jaoks on õigusaktides kehtestatud erinõuded, nimetab hankija hanketeates, milliste erinõuete, registreeringute või tegevuslubade olemasolu on pakkuja või taotleja kvalifitseerimiseks nõutavad. /.../ Kui pakkujal või taotlejal puudub vastav tegevusluba või registreering või ta ei kuulu vastavasse organisatsiooni tema asukohariigi õigusaktide kohaselt, jätab hankija pakkuja või taotleja kvalifitseerimata.“

Järgnevalt esitatakse näide Riigikohtu Halduskolleegiumi praktikast. Maksu- ja Tolliamet (MTA) avaldas 2009. a riigihangete registris hanketeate tubakatoodete maksumärkide trükiteenuse ostmiseks. MTA ühe pakkuja kvalifitseerimata põhjendusega, et pakkujal ei olnud Eestis transporditeenuse osutamiseks kehtivat tegevusluba. Hanketeates ei olnud vastavat tegevusluba nõutud. Kolleegium rõhutas, et pakkuja tehnilist ja kutsealast pädevust puudutavad nõuded tuleb märkida hanketeates. Kuna transporditeenuse osutamine on hankelepingu eseme täitmist puudutav küsimus, ei pidanud kassaatoril transporditeenuse osutamiseks vajalikke vahendeid pakkumuse tegemise hetkel olemas olema, vaid ta võis esitada kinnituse, et tal on võimalik need vahendid hankelepingu täitmiseks saada. Vaidlus

¹⁸⁸ Riigihangete juhis (viide 4), lk 138.

puudub selle üle, et sellise kinnituse äriühing ka esitas. Tehnilise kirjelduse kohaselt pidi pakkuja kindlustama maksumärkide transpordi, kuid pakkuja ei pidanud osutama ise transporditeenust. Tehniline kirjeldus nägi selgesõnaliselt ette, et kõnealuse kohustuse täitmiseks võis kasutada teiste ettevõtjate teenuseid. Siinjuures märkis kolleegium, et igasuguste abitööde tegemine hankelepingu teostamisel ei ole käsitletav allhankena.¹⁸⁹

Riigihangete korduma kippuvate küsimuste rubriigis on avaldatud Rahandusministeeriumi seisukoht küsimusele „kas hankija peab teadma ja kvalifitseerimise tingimustesse kirja panema kõiki võimalikke erinõuded, registreeringud ja tegevusload, mida võib vaja olla hanke, nt ehitushanke, läbiviimisel või võib piirduda ainult peamiste vajalike registreeringute ja tegevuslubadega?” Rahandusministeeriumi vastas: „selgitame, et RHS § 41 lõiget 3 tuleb mõista selliselt, et juhul, kui hankeeseme olemusest tulenevalt on seadusandja näinud õigusaktides ette erinõuded (nt tegevusluba, registreering vms), peab hankija kaalutlusõigust rakendades otsustama, millised õigusaktides nimetatud erinõuded on seesugused, mis on hankija seisukohalt tarvilikud ja vajalikud kontrollimaks pakkujate või taotlejate tehnilist või kutsealast pädevust konkreetsetes hankemenetlustes. RHS §-i 39 lg 1 sätestab põhimõtte, et kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkuja või taotleja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. Seega peab hankija tuginedes ennekõike hankeeseme olemusele, kogusele ja kasutusviisile kaalutlusõiguse rakendamise tulemina määratlema hanketeates need erinormid, milliste kontrollimist tehnilise ja kutsealase pädevuse osas peab ta põhjendatuks. Nii võib juhtuda, et hankija hankeeset arvesse võttes ei peagi kaalutlusõiguse rakendamise tulemusena vajalikuks tehnilise või kutsealase kvalifikatsiooni osas hanketeates nimetada ühtegi erinõuet, registreeringut või tegevusluba. Nõustava üksusena soovitame hankijal olulisemad tegevusload, registreeringud või muud erinõuded hanketeates kindlasti ära märkida selleks, et hankijal oleks endal kindlus, et pakkuja saab asuda lepingut täitma. /.../ Mõistetav on, et kui eriseadused näevad müüdava asja, osutatava teenuse või tehtava ehitustööga seoses ette registreeringuid, tegevuslubasid või muid erinõudeid, tuleb neid ka omada ning järgida olenemata sellest, kas asja ostmise, teenuse tellimise või ehitustööde tegemine toimub riigihankega või mitte. Seda, kas hankelepingu täitmisel edukas pakkuja ja tema alltöövõtjad omavad registreeringuid või tegevuslubasid või vastab nende tegevus erinõuetele, on eriseaduste kohaselt pädeva asutuse järelevalveline pädevus ja kohustus. Sellesse riigihangeteõiguse kvalifitseerimise tingimustega ja nende kontrollimisega põhjendatult ei

¹⁸⁹ RKHKo 3-3-1-2-12.

sekku. Kokkuvõtlikult, hankija ei pea tingimustena kirja panema kõik erinõuded, mis sisalduvad eriseadustes selle hankeesemega seoses, vaid hankija peab oma kaalutlusõigust rakendades otsustama, millised erinõuded on vajalikud ja proportsionaalsed kontrollimaks pakkujate või taotlejate tehnilist ja kutsealast pädevust konkreetsetes riigihankes.”¹⁹⁰

Kui hankija on jätnud hanketeatesse mõne erinõude märkimata, kuigi seda on tarvis hankelepingu eset arvestades, võib hankija muuta hanketeadet omal algatusel. Kui see aga ajaliselt pole enam võimalik, saab hankija tunnistada hankemenetluse kehtetuks.

Eesti standardis EVS 915:2012 antakse järgmine soovitus: „kõikide hankelepingu täitmiseks vajalike lubade ja registreeringute nimetamine hanketeates ei pruugi olla põhjendatud, nt kui selliste tööde osakaal on väga väike (nt alla 2% hankelepingu eeldatavast maksumusest) või tegemist on konkreetse valdkonnaga otseselt mitteseotud lubadega (nt ehitustööde teostamisel nõue omada lennuluba, jäätmeluba jne). Võib aga juhtuda, et hankija ei ole ilmutanud piisavat hoolsust hankelepingu objekti teostamisega seonduvate erinõuete väljaselgitamisel ja jätnud mõned nõuded hanketeates märkimata. Juhul, kui hankija jätab kaalutlusõiguse tulemusena mõned hankelepingu täitmiseks vajalikud tegevusload/ registreeringud hanketeates loetlemata, võib hankija lisada hankelepingu projekti näiteks järgnevad tingimused: „juhul, kui hankelepingu alusel sooritatava tegevuse jaoks on õigusaktides kehtestatud erinõuded, mille täitmise või olemasolu tõendamist ei ole hankija pakkuja kvalifitseerimiseks põhjendatuks pidanud ega ole seetõttu selliste nõuete täitmist hanketeates nõudnud, kohustub pakkuja siiski tagama, et hoolimata selliste kvalifitseerimisnõuete mitteesitamisest hankija poolt, oleksid pakkujal või tema alltöövõtjatel kõik vajalikud õigusaktidest tulenevad erinõuded täidetud ning registreeringud ja tegevusload hankelepingu täitmisel olemas.“¹⁹¹

Autor peab standardis esitatud soovitusi proportsionaalsuse tagamise seisukohalt asjakohaseks.

¹⁹⁰ Riigihangete korduma kippuvad küsimused. Rahandusministeerium. - Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/korduma-kippuvad-kusimused> (03.01.2013).

¹⁹¹ Eesti standard EVS 915:2012. EVS Teataja 2012 (viide 8), lk 16.

KOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärk oli uurida, millisel määral järgitakse proportsionaalsuse põhimõtet riigihankemenetlustes kvalifitseerimistingimuste seadmisel sobiva pakkuja leidmiseks ning kuidas saavutada kvalifitseerimistingimuste seadmisel nende proportsionaalsus. Riigihangete seaduse kohaselt peavad kvalifitseerimistingimused olema piisavad pakkuja või taotleja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. RHS ja teised riigihangete valdkonda reguleerivad õigusaktid ei sätesta, milliseid kvalifitseerimistingimusi loeb seadusandja proportsionaalseteks hankelepingu esemeks olevate teenuste olemuse, koguse ja otstarbega. Vaid tunnustatud ehitusettevõtjate ametliku nimekirja määru¹⁹² on püütud etteantud netokäibe vahemike kaudu sisustada, mida loetakse ehitustööde tellimisel varasemat netokäivet arvestades piisavaks pakkuja kvalifikatsiooniks.

Proportsionaalsuse põhimõtte näol on tegemist õiguse üldpõhimõttega, mis on sisse kirjutatud nii haldusmenetluse kui riigihangete seadusesse. Proportsionaalsuse põhimõtte eesmärk on isikute õiguste kaitse tagamine avaliku võimu tegevuse eest. Pakkujate kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine on õiguspärane erand pakkuja võrdse kohtlemise põhimõttest, selle eesmärk on valida välja hankelepingu täitmiseks võimelised ettevõtjad läbi objektiivsete ja proportsionaalsete nõuete. Ebaproportsionaalsete kvalifitseerimistingimuste seadmisel tuleb arvestada huvitatud isikute poolt vaidlustusmenetluse algatamise võimalusega. Proportsionaalsuse põhimõtte kaudu saab isikuid kaitsta ülemääraste või korruptsioonikahtlusi tekitavate nõuete eest. Seega on proportsionaalsuse põhimõttel riigihankeõiguses kvalifitseerimistingimuste seaduslikkuse tagamisel äärmiselt kaalukas roll.

Kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse küsimustes viimasetel aastatel püstitunud vaidlustuste analüüsist nähtus, et peab paika autori poolt sissejuhatuses püstitatud hüpotees, mille kohaselt proportsionaalsuse põhimõtte sisu ja selle tagamiseks tarvilikud meetmed kvalifitseerimistingimuste seadmisel pole hankijatele selged. Erinev arusaam proportsionaalsusest erinevate isikute poolt põhjustab vaidlusi. Ka VaKo-I puudub proportsionaalsuse küsimuses ühtne lähenemine – samas küsimuses on jõutud mõnikord erinevatele tulemustele. VaKo lahendites pole arusaadavalt selgitatud, millised on

¹⁹² Tunnustatud ehitusettevõtjate ametliku nimekirja loomise, pidamise ja uuendamise ning ehitusettevõtjate nimekirja kandmise alused ja kord ning tasu määrad nimekirja kandmise ja kande uuendamise eest (viide 135).

proportsionaalsed vahemikud või ülemised piirid kvalifitseerimisnõuete seadmisel. VaKo lahenditest võib lugeda, et mõne puhul on proportsionaalsus tagatud, mõne puhul mitte. Lahendites küll viidatakse proportsionaalsuse põhimõttele, kuid selle sisustamine jääb pealiskaudseks ja läbipaistmatuks. Autori arvates peaks Rahandusministeerium kehtestama kaalutlusõigust sisaldavate kvalifitseerimistingimuste seadmisel proportsionaalsuse tagamiseks ühtsed reeglid. Vastavast metoodikast saaks proportsionaalsuse kontrolli teostamisel juhinduda ka VaKo.

Kehtivad õigusaktid ei sätesta proportsionaalsuse astmete ülevaadet. Proportsionaalsuse põhimõtte järgimine on kohtuliku kontrolli korras (sh kohtueelse kohustusliku vaidlustusmenetluse korras) teostatav. Kohtud kontrollivad proportsionaalsuse põhimõtte täitmist Riigikohtu poolt rakendatud kolmeastmelise kontrolliskeemi abil. Skeemi elementide sisustamine võib aga jätkuvalt arusaamatusi põhjustada, kuna seadusandlus ei ole neid osiseid täpsustanud. Seetõttu jääb üle vaid tugineda kohtupraktikale. Järelikult on proportsionaalsuse kolmeastmelise kontrolliskeemi elementide tundmine oluline, kuna hankija saab nende põhjal enne kvalifitseerimistingimuste kinnitamist teostada enesekontrolli ja seeläbi tagada kehtestatavate kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse.

Töös analüüsiti, mil määral seavad piiranguid hankija otsustusvabadusele kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel proportsionaalsuse põhimõttele mõju avaldavad konkurentsi tagamise, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte. Autor teeb järelduse, et töös käsitlust leidnud proportsionaalsuse põhimõttele mõju avaldavate riigihanke korraldamise üldpõhimõtete tundmine on oluline, kuna aitab kaasa proportsionaalsete kvalifitseerimistingimuste seadmisele.

Töö käigus saadi kinnitust, et hankemenetluses tuleb arvestada haldusmenetluses tuntud põhjendamiskohustusega. Kvalifitseerimistingimuste kinnitamise otsus kujutab endast eelhaldusakti, mis peab vastama haldusmenetluse seaduses sätestatud vorminõuetele (st olema nii materiaalselt kui formaalselt õiguspärane). Proportsionaalsuse põhimõtte mittejärgimine kujutab endast diskretsiooniviga. Ebaproportsionaalne haldusakt on õigusvastane, mis kuulub VaKo-s ja kohtus tühistamisele. Suurema osa kvalifitseerimise tingimuste valikul ja nende künniste seadmisel on tegemist kaalutlusotsusega. Proportsionaalsete tingimuste kehtestamine eeldab kaalumist erinevate variantide vahel ja tingimuste ulatuse vahel. Mõõdupärasuse hindamise põhiprobleem on hindamise subjektiivsus. Ka kaalutlusõiguse teostamisel tuleb lähtuda proportsionaalsuse põhimõttest. Haldusmenetluse seadus sätestab nõude märkida

kaalutusõiguse alusel antud haldusakti põhjenduses kaalutlused, millest haldusorgan on haldusakti andmisel lähtunud. Autor pole praktikas selle nõude täitmist kohanud. Autori arvates peaksid hankijad kvalifitseerimistingimuste kinnitamise otsuses esitama kaalutusõigust sisaldavate kvalifitseerimistingimuste puhul kaalutlused, millest lähtuti (nt referentstööde maksumuse seadmisel). Kirjaliku põhjendamise eesmärk on kaalutusotsuse põhjenduste kontrollimise võimaldamise kõrval ka hankija enesekontrolli tagamine, et veenduda langetatud otsuse õigsuses. Autor järeldab, et kaalutusõigusel põhinevate kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse tagamisele aitab kaasa otsuste põhjendamise kohustus.

Töö tulemusena järeldab autor, et proportsionaalsuse põhimõtte täitmisele (ning seeläbi proportsionaalsuse küsimustes püstituvate vaidluste vähenemisele) aitab kaasa, kui seadusandlikult kehtestada enim kaalutusõigust sisaldavate kvalifitseerimistingimuste puhul ülemised piirid. Ka Rohelises raamatus Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta leitakse, et võib olla põhjendatud viia sisse EL-i eeskirjadesse ülemmäär kvalifitseerimise teatavate kvalitatiivsete nõuete puhul, eelkõige finantsseisundi kohta.¹⁹³

Riigihangete direktiivi eelnõus¹⁹⁴ nähakse ette, et minimaalne aastakäive võib lepingu hinnangulist maksumust ületada maksimaalselt kolmekordselt, välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega. See number võiks olla veelgi väiksem. Kavandatava lepingu eeldatavat maksumust kahekordselt ületav varasem netokäive on autori hinnangul piisav, hindamaks ettevõtja suutlikkust kavandatavat lepingut täita. Eeriske saab maandada vastutuskindlustusega.

Autor leiab, et riigihangete seaduses tuleks proportsionaalsuse ja vastavuse tagamiseks esitada põhimõtted, mille kohaselt ei tohiks hankijad nõuda, et ettevõtjate miinimumkäive ületaks hankelepingu eseme eeldatavat maksumust enam kui kahekordselt (välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega). Referentsobjektidele ei tohiks hankijad seada kõrgemaid nõudeid hankelepingu eseme eeldatavatest numbrilistest näitajatest, sh eeldatavast maksumusest. Autor esitab magistritöö lisas nr 3 *de lege ferenda* ülempiiride seadmiseks varasema netokäibe nõudele ja referentsobjekte iseloomustavatele näitajatele.

¹⁹³ Roheline raamat Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta (viide 121).

¹⁹⁴ Riigihangete direktiivi eelnõu 2011/0438 (viide 24).

Riigihankeõigus on muutuste teel. Uute direktiivide ülevõtmise tähtaeg on planeeritud 30. juuniks 2014. Riigihankepoliitika kaudu soovitakse tulevikus üha enam mõjutada ka ühiskonna teatavaid probleemseid küsimusi. Kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse temaatikat võiks täiendavalt uurida juba mõne aasta pärast. Huvitav oleks jälgida, kas teatud kvalifitseerimistingimustele on seatud seadusandja tasandil ülempiirid ning kas üldiste poliitiliste eesmärkide saavutamiseks on laiendatud kvalifitseerimistingimuste nimekirja. Samuti on huvipakkuv analüüsida, kuidas VaKo lahendites sisustatakse proportsionaalsuse põhimõtet (nt kas antakse ette soovituslikke vahemikke vms).

The Proportionality of Qualification Criteria in Public Procurement Procedures

Summary

The purpose of the present Master`s thesis was to investigate how to arrange the qualification criteria so that they would be proportionate and thereby reduce the number of disputes arising from public procurement. Contracting authorities may apply measures which result in exclusion of private sector undertakings from participating in tendering procedures on grounds of equal treatment and transparency, only if these measures are proportionate. Public procurement legislation does not specify what kind of qualification criteria the legislature regards as proportionate to the nature, quantity and purpose of the object of the contract.

In the first chapter an overview is given about the general principles of public procurement. The contracting authorities should use their financial resources economically and expediently and achieve the objective of the public procurement with a reasonable price by ensuring the best price and quality ratio by comparing different tenders in case of existing competition. The contracting authority does not have to set qualifying conditions, which would be able to meet as many potential bidders. The contracting authority shall be guided by the substantive terms of establishing the facts. Also the contracting authority must be ready to justify the proportionality requirements set. The contracting authority should guarantee the transparency and verification possibilities of the public procurement. The equal treatment principle requires that comparable situations must not be treated differently. According to Estonian Public Procurement Act (PPA) the contracting authority should treat all individuals equally and non-discriminatorily and follow that setting the restrictions and criteria for all individuals comply with the proportionality, relevance and justification principles in relation to the object of the public procurement. The general principles of public procurement must be adhered to in every instance.

The author has set the hypothesis that the content of the principle of proportionality is not clear among Estonian suppliers. The principle of proportionality has been left largely to furnish vendors and therefore often leads to disputes.

Both in Estonian and EU case law the principle of proportionality constitutes a general principle of law. The principle of proportionality means that any measure by a public authority must be appropriate in order to achieve the objective, which is intended; necessary in order to achieve the objective, which is intended, i.e. there are no less severe means of achieving the objective, and reasonable, i.e. the person concerned can reasonably be expected to accept the measure in question. Qualification requirements have to be proportionate and directly related to the subject matter of the contract. The principle of proportionality should guarantee that the minimum level imposed by each of the criteria is not excessive or disproportionate. The contracting authorities should be particularly careful not to require financial standing levels that are disproportionate to the complexity or dimensions of the contract, since these are factors that can reduce the competition. Also, contracting authorities should avoid adopting excessively narrow requirements as regards to technical competencies, or requiring availability of certain technologies or equipment.

In Estonia, the Supreme Court applied the three-step scheme to verify compliance with the principle of proportionality. Elements of the scheme are appropriateness, necessity and moderation. Qualification condition is appropriate if it is aimed to find a supplier who is able to perform the contract properly. Qualification condition is necessary if the applicant's ability to perform the contract can not be convincingly demonstrated in the same condition with minor.

Fitting the elements of the three-stage scheme, however, continue to cause confusion, because the legislation does not specify these components. Therefore, it remains to rely on case law. Imposing proportionate qualification criteria requires consideration between the different versions of the scale. The subjective nature of the assessment is the key problem. The exercise of discretion must be based on the principle of proportionality.

After analyzing the solutions of Riigihangete Vaidluskomisjon herein referred to as VaKo (the Public Procurement Appeal Committee) the author came to the conclusion that VaKo has remained superficial in the question of the principle of proportionality. Although if judgements reference is made to the principle of proportionality, analysis remains superficial and not transparent. The author's view is that the Ministry of Finance should establish maximum limits for qualification conditions that contain discretion, which would also be a good guide for VaKo.

Setting up the qualification criteria is a legal exception of the general equal treatment. Disproportionate selection criteria is a concern. The contracting authority must verify that the economical and financial standing of the tenderer or candidate and the technical and professional ability comply with the qualification criteria provided in the contract notice. The qualification criteria must be sufficient for proving the ability of proper fulfilment of the public contract by the tenderer or candidate and relevant and proportional with the nature, quantity and purpose of the goods, services or public works that are the objects of the public contract. The Directives remain vague as to the methods for assessing financial risk, leaving a great deal of discretion in the hands of contracting authorities. Evidence of financial and economic standing may be provided by means of referendes including: i) appropriate statements from banks or, where appropriate, evidence of relevant professional risk indemnity insurance; ii) the presentation of balance-sheets or extracts from the balance-sheets; iii) a statement of the undertaking's overall turnover and, where appropriate, of turnover in the area covered by the contract for a maximum of the last three financial years available.

The non-exhaustive character of the list of referendes in relation to the contractors' economic and financial standing was recognised by the European Court of Justice, where the value of the works which may be carried out at the one time may constitute a proof of the contractors' economic and financial standing. The contracting authorities are allowed to fix such a limit, as the provisions of the Public Procurement Directives do not aim at delimiting the powers of Member States, but at determining the referendes or evidence which may be furnished in order to establish the contractors' financial and economic standing.

The author poses a hypothesis that the number of disputes could be reduced through skilled procurement organization and by legislatively setting limits to earlier net turnover and to the reference parameters.

By legislatively setting limits on certain requirements for qualitative selection, especially on financial standing we could avoid contracting authorities setting excessively demanding selection criteria (e.g. on turnover). Such a measure would further develop the already existing obligation to apply proportionate selection criteria.

On 20 December 2011, the Commission published its legislative proposals for modernising the EU's public procurement regime. There are reasons given to set up limits to earlier minimum annual turnover in the proposed directives. Contracting authorities should not be allowed to require economic operators to have a minimum turnover that would be disproportionate to the subject-matter of the contract; in any event the requirement should not exceed at the most three times the estimated contract value. However, in duly justified circumstances, higher requirements may be applied. Such circumstances may relate to the high risks attached to the performance of the contract or the fact that its timely and correct performance is critical, for instance because it constitutes a necessary preliminary for the performance of other contracts. In the authors' opinion the minimum turnover should not exceed at the most two times the estimated contract value.

Firms may also be excluded where they lack the "technical or professional ability" to perform the contract. As with financial standing, any minimum conditions must also be "related to and proportionate to" the subject matter of the contract. Evidence may be furnished by a range of documentation provided by economic operators according to the nature, quantity, or importance, and use of the works, supplies, or services they intend to tender for. The contracting authority must specify, in the contract notice or in the invitation tender, which references relevant to the technical and professional ability of economic operators that it wishes to consider for evaluating the suitability to perform. In the authors' opinion the required parameters of the references should be similar compared to technical characteristics of the subject of the contract (up to the same high numerical values).

EU procurement legislation establishes common rules. In implementing the provisions of the public procurement Directives Member States have to follow the directive.

The author examined whether the regulation for qualification examination in Estonian PPA comply with the provisions of the European Union's Public Procurement Directives. The author found some differences compared to the directives. According to the Directive in order to verify the compliance of the economic and financial standing of the tenderer with the qualification criteria the contracting authority shall require the data on the net sales of the whole business activities of the tenderer or if it is appropriate, on the net sales in the field related to the public contract or in part corresponding to the object of the public contract within up to three financial years according to their availability. In Estonian PPA the sectoral net sales turnover request is allowed unrestricted.

Sectoral turnover rather shows a company`s technical and professional competence, as the overall financial capacity.

The author also found that the PPA § 41 section 1 point 5 allows to ask the earlier experience of the responsible people. In the Directive only the educational and professional qualifications is allowed to ask. Therefore it is not recommended to ask the earlier experience of the tenderers.

Contracting authorities are required to operate a strict distinction between selection criteria and award criteria. The suitability evaluation and bid evaluation are totally distinct processes, which shall not be confused. The contract award decision must be based exclusively on criteria concerning the products and services offered.

Public procurement law is in the way of change. The deadline for the transposition of new directives is planned for 30 June 2014.

The topic of proportionality could be further explored in a few years time. It would be interesting to monitor whether the upper limits are set to the certain qualification requirements.

It is also interesting how VaKo will control the proportionality of qualification criteria.

Allkiri
kuupäev

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

Aedmaa, A. jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 288.

Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. University of Nottingham. Arvutivõrgus:

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (31.01.2013).

Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (toim). Social and environmental policies in EC procurement law. New directives and new directions. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, lk 30-31, 104.

Andresen, E. Riikliku järelevalve probleem riigihangete seaduses. – Riigikogu Toimetised 2002/5.

Bovis, C. EC public procurement: case law and regulation. Oxford: Oxford University Press, 2006, lk 135.

Bovis, C. EU public procurement law. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, lk 23, 386.

Bovis, C. The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market. 1998. Athenauem Press, Ltd, lk 33-34, 163.

Braun, P. The Use of Qualitative Award Criteria and the Difference between Award and Qualification Criteria: A note on Case T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union. Public Procurement Law Review 2003/5, lk 118.

Dahlgaard Dingel, D. Public Procurement. A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law. Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, lk 171.

Ernits, M. Põhiõigused, demokraatia, õigusriik. Tartu Ülikooli Kirjastus 2011, lk 186.

Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv riigihangete kohta, 22.12.2011, KOM(2011) 896 lõplik. - Arvutivõrgus:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=216168&name=DLFE-11502.pdf (31.01.2013).

Euroopa Komisjon. Roheline raamat Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Brüssel, 27.01.2011. - Arvutivõrgus:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ET:PDF>
(12.01.2013).

Euroopa Komisjon. Väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihankelepingutele juurdepääsu hõlbustavate Euroopa parimate tavade juhend. Brüssel 25.6.2008

SEC(2008)2193. – Arvutivõrgus:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_et.pdf
(08.02.2013).

Fernandez Martin, J.-M. The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis. Oxford: Clarendon Press, 1996, lk 97.

Graells, A.S. Public procurement and the European Union Competition Rules. Oxford: Hart, 2011, lk 231, 256-257.

Haldusõigus. Õigusteabe AS Juura, Tallinn 1995, lk. 32.

Karindi-Kask, E. jt (koost.). Riigihangete juhend. Tallinn: Rahandusministeerium, 2012.

Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca&groupId=11726 (20.12.2012).

Karro R. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakumuste hindamise kriteeriumid. - Juridica 2011/10.

Kalmo, H. Põhiseadus ja proportsionaalsus – kas pilvitu kooselu? Juridica 2013/II, lk 83-84.

Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. 2012. – Arvutivõrgus:

<http://www.pohiseadus.ee/ptk-2/pg-11/> (08.02.2013).

Mardas, D., Triantafyllou, D. Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis. Public Procurement Law Review 1995/4, lk 145-158.

Maruste, R. Põhiseaduse tõlgendamise meetodid. – Juridica, 1996/2, lk 79.

Maurer, H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 12. Aufl. München, 1999, lk 121.

McGovern, P. Ireland: Government administrative measures to support SMEs in public procurement. – Public Procurement Law Review 2011/1.

Merusk, K. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll. Juura, Õigusteabe AS, 1997, lk 64.

Merusk, K. Menetlusosalise õigused haldusmenetluse seaduses. – Juridica, 2001/8, lk 521.

Mugur, M, Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse näide. – Juridica, 2010/4, lk 239.

Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica 2007/8, lk 567-569.

Parrest, N, Aedmaa, A. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: ATAK 2003. – Arvutivõrgus:
http://www.riigikantselei.ee/failid/ulevaatlik_oppematerjal_haldusoigusest_atak2003_.pdf
 (08.02.2013).

Pikamäe, K. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikooli Õigusinstituut, 2003.

Pike, R. Modernising the public procurement rules. – Public Procurement Law Review 2012/1.

Pilving, I. Õiguskaitse riigihankemenetluses. Riigikogu Toimetised 3, 2001. Arvutivõrgus:
<http://www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=11830> (28.01.2013).

Principles of Good Administration in the Member States of the European Union. Statskontoret, 2005:4. – Arvutivõrgus:
<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf> (08.03.2013).

Riigihangete seaduse eelnõu 668 seletuskiri. - Arvutivõrgus:
www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file... (12.01.2013).

Schwarze, J. European Administrative Law. Sweet&Maxwell:1992, lk 864.

Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus 2010.

Tammelo, I. Osund. teos, lk 318; M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõte Euroopa Liidu õiguses, lk 158.

Teder, K. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2012.

Trepte, P. Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007, lk 351.

Trepte, P. Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. Oxford University Press, 2004, lk 194, 197, 320.

Treumer, S. The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law - a rule without exception? – Public Procurement Law Review 2009/3.

Treumer, S. The Discretionary Powers of Contracting Entities: Towards a Flexible Approach in the Recent Case Law of the European Court of Justice? - Public Procurement Law Review. 2006/3, lk 71-85.

Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõte Euroopa Liidu õiguses. – Juridica, 2006/3, lk 158.

Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõte põhiõiguste kaitsel. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool, 2005.

Triipan, M. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses. *Juridica*, 2001/5, lk 309.

Tridimas, T. *The General Principles of EC Law*. Oxford University Press 2000, lk 90.

Weiss, F. *Public procurement in European Community law*. London: Athlone Press, 1993, lk 54.

Kasutatud normatiivmaterjalid

Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seadus. - RT I 2003, 64, 429.

Ehitise kasutamise otstarvete loetelu. MKMm 04.12.2012 nr 78. – RT I, 07.12.2012, 9.

Ehitise kasutamise otstarvete loetelu. MKMm 26.11.2002 nr 10. – RTL 2002, 133, 1950 ... RT I, 07.12.2012, 11.

Ehitusseadus. – RT I 2002, 47, 297 ... RT I, 25.05.2012, 22.

Euroopa Komisjoni 28.11.2007. a. määrus nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega. - ELT L 74, 15.03.2008, lk 1—375.

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv 2004/17/EÜ, vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlustest. - ELT L 134, 30.4.2004, lk 1—113.

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/18/EÜ ehitustööde riigihanketingute, asjade riigihanketingute ja teenuste riigihanketingute sõlmimisest. - ELT L 134, 30.4.2004, lk 114—240.

Haldusmenetluse seadus. - RT I 2001, 58, 354 ... RT I 23.02.2011, 3.

Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 23.02.2011, 3 ... RT I, 25.10.2012, 10.

Nõuded ehitustööde riigihangete tunnustatud pakkujate ametlikku nimekirja kantavatele isikutele, nimekirja koostamise nõuded ja kord ning nimekirjast teavitamise kord. VVm 06.10.2004 nr 305. – RT I, 2004, 70, 496 ... RT I, 26.06.2012, 28.

Riigihangete seadus. - RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 06.07.2012, 13.

Riigivastutuse seadus. – RT I 2001, 47, 260 ... RT I, 13.09.2011, 11.

Tartu linna hankekord. Tartu Linnavalitsuse 06.03.2012 määrus nr 6. - RT IV, 16.01.2013, 38.

Tunnustatud ehitusettevõtjate ametliku nimekirja loomise, pidamise ja uuendamise ning ehitusettevõtjate nimekirja kandmise alused ja kord ning tasu määrad nimekirja kandmise ja kande uuendamise eest. VVm 21.06.2012 nr 46. - RT I, 26.06.2012, 26.

Kasutatud kohtupraktika loetelu

Euroopa Kohtu lahendid

EKo 9.07.1987, Joined cases 27-29/86, *C.E.I. and Bellini*.

EKo 20.09.1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV vs. Holland*.

EKo 13.11.1990, C-331/88, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, eelotsusetaotlus.

EKo 22.06.1993, C-243/89, *komisjon vs. Taani*.

EKo 12.07.2001, C-399/98, *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*, eelotsusetaotlus.

EKo 29.04.2004, C-496/99 P, *komisjon vs. CAS Succhi di Frutta*.

EKo 24.11.2005, C-331/04, *Consiglio di Stato*, eelotsusetaotlus.

EKo 24.01.2008, C-532/06, *Symvoulia tis Epikrateias*, eelotsusetaotlus.

EKo 16.12.2008, C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulia Radiotileorasis*, eelotsusetaotlus.

EÜKo 10.12.2009, T-195/08, *komisjon vs. Antwerpse Bouwwerken*.

EÜKo 20.09.2011, T-461/08, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Investeerimispank*.

EKo 10.05.2012, C-368/10, *komisjon vs. Madalmaade Kuningriik*.

EKo 18.10.2012, C-218/11, *Édukóvízig*, eelotsusetaotlus.

Riigikohtu lahendid

RKHKo 3-3-1-79-03

RKHKo 3-3-1-5-06

RKHKo 3-3-1-58-06

RKHKo 3-3-1-100-06

RKHKo 3-3-1-85-07

RKHKo 3-3-1-49-08

RKHKo, 3-3-1-99-09

RKHKo 3-1-1-31-11

RKHKo 3-3-1-52-11

RKHKo 3-3-1-65-11

RKHKo 3-3-1-2-12

RKÜKo 3-3-1-60-03

RKPJKo 3-4-1-6-00
RKPJKo 3-4-1-6-01
RKPJKo 3-4-1-1-02
RKPJK 3-4-1-4-03
RKPJK 3-4-1-1-03
RKPJKm 3-4-1-5-08

Ringkonnakohtu lahendid

TlnHKO 19.03.2010, 3-09-2756
TlnHKO 04.04.2011, 3-11-235/50
TlnRKO 16.04.2009, 3-07-833/46
TlnRnKo 21.10.2010, 3-09-1277

Riigihangete Ameti lahendid

13.09.2006, nr 126-06/029556

Riigihangete vaidlustuskomisjoni lahendid

VaKo 30.09.2008, nr 112-08/108051
VaKo 19.01.2011, nr 275-10/121397
VaKo 26.01.2011, nr 5-11/122349
VaKo 18.03.2010, nr 35-10/117150
VaKo 01.09.2010, nr 147-10/119853
VaKo 23.09 2010, nr 171-10/120152
VaKo 13.01.2011, nr 266-10/121515
VaKo 13.01.2011, nr 271-10/121826
VaKo 10.03.2011, nr 33-11/121763
VaKo 01.04.2011, nr 50-11/123879
VaKo 20.05.2011, nr 92-11/122948
VaKo 03.06.2011, nr 104-11/124952
VaKo 05.07.2011, nr 123-11/125509
VaKo 17.08.2011, nr 157-11/-
VaKo 13.12.2011, nr 235-11/ 128888
VaKo 13.06.2012, nr 112-12/133895
VaKo 02.08.2012, nr 106-10/116660
VaKo 14. 09.2012, nr 176-12/136192

VaKo 23.11.2012, nr 215-12/136278

VaKo 03.08.2012, nr 154-12/132831

VaKo 09.10.2012, nr 191-12/135019

VaKo 03.10.2012, nr 198-12/136354

VaKo 13.12.2012, nr 240-12/138917

VaKo 15.01.2013, nr 260-12/139262

Muud allikad

Riigihangete korduma kippuvad küsimused. Rahandusministeerium. - Arvutivõrgus:

<https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/korduma-kippuvad-kusimused> (03.01.2013).

Eesti Vabariigi seisukohad riigihangete rohelise raamatu osas. – Arvutivõrgus:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216408&folderId=180565&name=DLFE-9011.pdf (17.01.2013).

Keskkonnahoidlik ostmine. Keskkonnahoidlike riigihangete käsiraamat. – Arvutivõrgus:

http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_et.pdf (17.02.2013).

Tartu Ülikooli sotsiaalteaduslike rakendusuuringute keskuse uuring „Riigihangete valdkonna kaardistamine“ – Arvutivõrgus:

http://www.ec.ut.ee/sites/default/files/ec/riigihangete_valdkonna_kaardistamine_-_loppraport.pdf (04.02.2013).

Vaidlustuste esitamine ja läbivaatamine 2012. aastal. Rahandusministeerium.

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216099&folderId=54352&name=DLFE-20101.pdf (27.12.2012).

Riigihanke läbiviimise praktilisi nõuandeid toetuse saajale. Rahandusministeerium: 2010. –

Arvutivõrgus: http://www.kik.ee/sites/default/files/stories/ST/RH_Koolitusmaterjal.pdf (06.01.2013).

Eesti standard EVS 915:2012 „Ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamine“. Eesti standardikeskus. EVS Teataja, 2012. august (koopia autori valduses).

Ehitustööde riigihanke piirmäära ületavate ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamise eeskiri. Vabariigi Valitsuse määruse eelnõu. – Arvutivõrgus:

<http://eelnoud.valitsus.ee/main#vrWKf4cX> (27.02.2013).

Ehitustööde riigihanke piirmäära ületavate ehitustööde ja ehitiste projekteerimise riigihangete korraldamise eeskiri. Vabariigi Valitsuse määruse eelnõu seletuskiri. – Arvutivõrgus:

<http://eelnoud.valitsus.ee/main#vrWKf4cX> (27.02.2013).

Väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihankelepingutele juurdepääsu hõlbustavate Euroopa parimate tavade juhend. Euroopa Komisjon: 2008. Brüssel, 25.6.2008

SEC(2008)2193. – Arvutivõrgus:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_et.pdf (08.02.2013).

Rahandusministeeriumi vastus 6.02.2013 (e-kiri autori elektronpostkastis).

Rahandusministeeriumi 15.02.2012. a. otsus nr 12.2-1/2808 Maidla vallavalitsuse suhtes riikliku järelevalvemenetluse lõpetamise kohta. Arvutivõrgus:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216247&folderId=212248&name=DLFE-10801.pdf (04.02.2013).

CPV 2008 selgitavad märkused. - Arvutivõrgus:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216064&folderId=187313&name=DLFE-10002.pdf (11.02.2013).

LISAD

Lisa 1 – Direktiivi 2004/18/EÜ artiklid 46 - 48

Kvalitatiivse valiku kriteeriumid

Artikkel 46

Sobivus tegeleda kutsealase tööga

Igalt hankelepingle sõlmimises osaleda soovivalt ettevõtjalt võib nõuda tõendeid selle kohta, et ta on vastavalt oma asukohariigiseadustele kantud erialasesse või äriregistrisse. Teenuste riigihankelepingle sõlmimise menetluses võib ostja juhul, kui kandidaatidel või pakkujatel peab oma päritoluriigis asjaomase teenuse osutamiseks olema luba või kui nad peavad kuuluma teatavasse organisatsiooni, nõuda neilt loa olemasolu või organisatsiooni kuulumise tõendamist.

Artikkel 47

Finants- ja majanduslik seisund

1. Ettevõtja finants- ja majanduslikku seisundit võib üldjuhul tõendada ühe või mitme järgmise dokumendiga:

- a) asjakohane pangaõienõue või ametialase vastutuskindlustuse tõend, kui see on asjakohane;
- b) bilanss või bilansi väljavõtte, kui bilansi avaldamine on ettevõtja asukohariigi õiguse alusel nõutav;
- c) väljavõte ettevõtja kogukäibest ja, kui see on asjakohane, lepinguga seotud valdkonna käibest kõige rohkem viimase kolme majandusaasta jooksul, sõltuvalt ettevõtte asutamise või tema äritegevuse algusest, kuivõrd need andmed käibe kohta on olemas.

2. Vajadusel võib ettevõtja konkreetse lepingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist. Sel juhul peab ta ostjale tõendama, et tal on võimalus vajalikke vahendeid kasutada, esitades selleks näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud vastava kohustuse.

3. Samadel tingimustel võib artiklis 4 nimetatud ettevõtjate ühendus kasutada ühenduse liikmete või muude üksuste võimalusi.

4. Ostjad täpsustavad hanketeates või pakkumiskutses, millised lõikes 1 nimetatud dokumendid nad välja valisid ning milliseid muid dokumente tuleb esitada.

5. Kui ettevõtja ei saa ostja nõutud dokumente mõjuval põhjusel esitada, võib ta oma finants- ja majanduslikku olukorda tõendada ostja poolt sobivaks peetud muude dokumentidega.

Artikkel 48

Tehniline ja/või kutsealane suutlikkus

1. Ettevõtjate tehnilist ja/või kutsealast suutlikkust hinnatakse ja kontrollitakse vastavalt lõigetele 2 ja 3.
2. Ettevõtja tehnilist suutlikkust võib vastavalt ehitustööde, tarnete või teenuste laadile, kogusele või tähtsusele ja kasutusviisile tõendada ühe või mitme järgmise vahendiga:
 - a) i) viimase viie aasta jooksul tehtud ehitustööde nimekiri, millele on lisatud tõendid tähtsamate tööde rahuldava teostamise kohta. Kõnealustes tõendites esitatakse ehitustööde maksumus, aeg ja koht ning täpsustatakse, kas tööd tehti ärieeskirjade kohaselt ja viidi nõuetekohaselt lõpule. Vajadusel esitab pädev asutus need tõendid otse ostjale;
 - ii) põhiliste viimase kolme aasta jooksul kohaletoimetatud tarnete või osutatud teenuste nimekiri koos nende maksumuse, kuupäevade ja avalik-õiguslike või eraõiguslike saajatega. Tõendusmaterjalina kohaletoimetatud tarnete ja osutatud teenuste kohta esitatakse:
 - kui saaja oli riiklik ostja: pädeva asutuse väljaantud või allkirjaga kinnitatud tõendid;
 - kui saaja oli eraõiguslik ostja: ostja kinnitus või selle puudumisel lihtsalt ettevõtja avaldus;
 - b) tehniliste töötajate või tehniliste üksuste, eelkõige kvaliteedikontrolli eest vastutavate isikute nimekiri sõltumata sellest, kas nad kuuluvad vahetult asjaomase ettevõtte koosseisu või mitte, ning ehitustööde riigihankelepingute puhul nende isikute nimekiri, kelle poole töövõtja võib pöörduda tööde teostamiseks;
 - c) tarnija või teenuseosutaja poolt kvaliteedi tagamiseks kasutatud tehniliste seadmete ning ettevõtte töö uurimise ja analüüsimise vahendite kirjeldus;
 - d) kui tarnitavad tooted või osutatavad teenused on keerulised või erandjuhule vastavalt eriotstarbelised, kontrollib kas ostja või ostja nimel toimiv tarnija või teenuseosutaja asukohariigi pädev asutus kokkuleppe kohaselt tarnija tootmisvõimalusi või teenuseosutaja tehnilist pädevust ning vajaduse korral talle kättesaadavaid teadus- ja uurimistöövahendeid ning kvaliteedi tagamiseks kasutatavaid meetmeid;
 - e) teenuseosutaja või töövõtja ja/või ettevõtte juhtkonna ning eelkõige teenuste osutamise või tööde juhtimise eest vastutavate isikute haridus ja kutsekvalifikatsioon;
 - f) ehitustööde riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute puhul ning ainult asjakohastel juhtudel nende keskkonnajuhtimismeetmete nimekiri, mida ettevõtja saab lepingu täitmise ajal rakendada;
 - g) tõend teenuseosutaja või töövõtja aasta keskmise töötajate ja juhtkonna liikmete arvu kohta viimase kolme aasta jooksul;
 - h) dokumendid töövahendite, seadmete ja tehnilise varustuse kohta, mida teenuseosutaja või töövõtja saab lepingu täitmisel kasutada;

i) tõend lepingu osa suuruse kohta, mille suhtes teenuseosutaja kavatseb sõlmida allhankelepingsid;

j) tarnitavate toodete puhul:

i) näidised, kirjeldused ja/või fotod, mille autentsust tuleb ostja nõudmisel tõendada;

ii) ametlike kontrolliasutuste või pädevaks tunnistatud ametite

koostatud tõendid, mis kinnitavad toodete vastavust, viidates selgesti teatavatele tehnilistele kirjeldustele või standarditele.

3. Vajadusel võib ettevõtja konkreetse lepingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist. Sel juhul ta peab ostjale tõendama, et tema käsutuses on lepingu täitmiseks vajalikud vahendid, tuues esile näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud kohustuse anda vajalikud vahendid ettevõtja käsutusse.

4. Samadel tingimustel võib artiklis 4 osutatud ettevõtjate ühendus kasutada ühenduse liikmete või muude üksuste võimalusi.

5. Selliste lepingute sõlmimise menetluses, mille objektiks on tärned, millega kaasneb kohaletoomine ja paigaldamine, teenused ja ehitustööd, võib hinnata ettevõtjate suulikkust teenust osutada või paigaldustöid teha, võttes arvesse eelkõige nende oskusi, efektiivsust, vilumusi ja usaldusväärsust.

6. Ostjad täpsustavad hanketeates või pakkumiskutses, milliseid dokumente nad lõike 2 alusel soovivad saada.

Lisa 2 – Riigihangete seaduse §-d 40 ja 41

§ 40. Pakkuja ja taotleja majanduslik ja finantsseisund

(1) Pakkuja või taotleja majandusliku ja finantsseisundi kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks nõuab hankija hanketeates ühe või mitme järgmise dokumendi esitamist:

1) asjakohane pangaõiend või muu asjakohane ja hankija poolt vastuvõetavaks tunnistatud dokument, mis näitab, et pakkuja või taotleja käsutuses on hanklepingu täitmise tagamiseks vajalikud rahalised vahendid või tal on võimalus neid saada;

2) kuni viimase kolme majandusaasta aruanded või majandusaasta aruannete väljavõtted, kui majandusaasta aruanded on avalikud pakkuja või taotleja asukohamaa õigusaktide kohaselt;

3) andmed pakkuja või taotleja kogu majandustegevuse netokäibe kohta või netokäibe kohta hanklepinguga seotud valdkonnas või hanklepingu esemele vastavas osas nende olemasolu korral kuni viimase kolme majandusaasta jooksul.

(2) Hankija võib nõuda pakkujalt või taotlejalt kutsealase vastutuskindlustuse tõendi või muu asjakohase ja hankija poolt vastuvõetavaks tunnistatud dokumendi esitamist, mis näitab, et pakkujal või taotlejal on hanklepingu võimaliku rikkumisega tekkida võiva kahju hüvitamiseks vajalikud vahendid või tal on võimalus neid saada.

(3) Kui see on pakkuja või taotleja kvalifikatsiooni tõendamiseks vajalik ja asjakohane, võib pakkuja või taotleja tõendada oma vastavust majanduslikule ja finantsseisundile esitatud nõuetele konkreetse hanklepingu täitmise raames lisaks oma näitajatele ka teise isiku vahendite alusel, kui ta tõendab hankijale vastuvõetaval viisil, et sellel isikul on hanklepingu täitmiseks vajalikud ja hanklepingu esemele vastavad vahendid olemas ja pakkujal või taotlejal on võimalik vajaduse korral selle isiku vastavaid vahendeid hanklepingu täitmiseks kasutada.

(4) Ühispakkujad ja ühistaotlejad võivad enda majandusliku ja finantsseisundi kvalifitseerimise tingimustele vastavuse tõendamiseks summeeritavate näitajate puhul tugineda kõigi ühispakkujate või ühistaotlejate vastavatele summeeritud näitajatele.

(5) Kui pakkuja või taotleja ei saa mõjuval põhjusel esitada hankija poolt hanketeates nõutud dokumente, võib ta oma majanduslikku ja finantsseisundit iseloomustada muude hankija poolt vastuvõetavaks tunnistatud dokumentidega tingimusel, et sellega ei asetata pakkujat või taotlejat teiste pakkujate või taotlejatega võrreldes paremasse olukorda.

§ 41. Pakkujate ja taotlejate tehniline ja kutsealane pädevus

(1) Pakkuja või taotleja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks nõuab hankija hanketeates vastavalt hankelepingu alusel ostetavate asjade, tellitavate teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja kasutusviisile järgmistest andmetest ja dokumentidest ühe või mitme esitamist:

1) kuni viimase viie aasta jooksul tehtud hankija määratletud tunnustele vastavate ehitustööde nimekiri, milles kajastub olulisemate ehitustööde, sealhulgas otstarbekuse ja olemasolu korral riigihanke teel tellitud ehitustööde maksumus, tegemise aeg ja koht ning tõendid selle kohta, et need ehitustööd tehti sõlmitud lepingute ja hea tava kohaselt;

2) olulisemate, kuni viimase kolme aasta jooksul täidetud hankija poolt määratletud tunnustele vastavate asjade müügi või teenuste osutamise lepingute, sealhulgas otstarbekuse ja olemasolu korral asjade või teenuste hankelepingute nimekiri koos nende maksumuse, sõlmimise kuupäevade ja infoga teiste lepingupoolte kohta;

3) andmed pakkuja või taotleja tehniliste, eelkõige kvaliteedikontrolli eest vastutavate töötajate või üksuste kohta, sõltumata sellest, kas nad kuuluvad otseselt pakkuja või taotleja ettevõtte koosseisu või tegutsevad alltöövõtu korras; ehitustööde hankelepingu korral andmed ehitustööde tegemise eest vastutavate isikute või tehniliste üksuste kohta;

4) pakkuja või taotleja poolt kvaliteedi tagamiseks kasutatavate tehniliste seadmete ning töö kvaliteedi jälgimise ja analüüsimise vahendite ning meetmete kirjeldus;

5) andmed pakkuja või taotleja või tema juhtide ja teenuste osutamise või ehitustööde juhtimise eest vastutavate isikute vastavate teenuste osutamiseks või vastavate ehitustööde juhtimiseks vajaliku kogemuse, hariduse ja kutsekvalifikatsiooni kohta;

6) ehitustööde või teenuste hankelepingu puhul hankelepingu täitmisel rakendatavad keskkonnajuhtimismeetmed nende meetmete asjakohasuse korral;

7) teenuste või ehitustööde hankelepingu puhul pakkuja või taotleja töötajate, juhatuse liikmete ja muul lepingulisel alusel ettevõttes tööd tegevate isikute keskmine arv viimasel kolmel aastal;

8) pakkuja kinnitus töö- või liiklusvahendite, seadmete ja tehnilise varustuse olemasolu kohta või vastava kirjaliku kokkuleppe olemasolu vajaliku tehnika omandamiseks või kasutusse võtmiseks, mida pakkuja või taotleja saab hankelepingu täitmisel kasutada;

9) teenuste hankelepingu puhul hankelepingu osa suurus, mille suhtes pakkuja või taotleja kavatseb sõlmida allhankelepingud;

10) hankelepingu esemeks olevate asjade näidised, kirjeldused või fotod, vajaduse korral koos tõendiga nende ehtsuse kohta;

11) tehnilise kontrolli või järelevalveasutuste tõendid hankelingu esemeks olevate asjade nõuetele vastavuse kohta koos viitega tehnilistele normidele või standarditele.

(2) Kui hankelingu eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda, peab hankija hanketeates muu hulgas alati nõudma käesoleva paragrahvi lõike 1 punktis 1 või 2 nimetatud teavet.

(3) Kui hankelingu alusel sooritatava tegevuse jaoks on õigusaktides kehtestatud erinõuded, nimetab hankija hanketeates, milliste erinõuete, registreeringute või tegevuslubade olemasolu on pakkuja või taotleja kvalifitseerimiseks nõutavad. Õigusaktides kehtestatud erinõuete täitmise kontrollimiseks nõuab hankija hanketeates pakkujalt või taotlejalt tegevusloa või registreeringu või muu erinõude täitmist tõendava asjakohase tõendi või tema asukohariigi õigusaktide kohaselt vastavasse organisatsiooni kuulumise kohta tõendi esitamist, kui need ei ole hankijale oluliste kulusandmetena andmekogus olevate avalike andmete põhjal kättesaadavad. Kui pakkujal või taotlejal puudub vastav tegevusluba või registreering või ta ei kuulu vastavasse organisatsiooni tema asukohariigi õigusaktide kohaselt, jätab hankija pakkuja või taotleja kvalifitseerimata.

(4) Käesoleva paragrahvi lõike 1 punktis 2 nimetatud nimekirjale lisatakse hankija nõudel olulisemate lepingute nõuetekohase täitmise kohta:

1) teise lepingupoole väljaantud tõend, kui lepingu teiseks pooleks on käesoleva seaduse § 10 lõike 1 punktides 1–3 nimetatud hankija;

2) teise lepingupoole kinnitus või pakkuja või taotleja kirjalik kinnitus, kui teiseks lepingupooleks on eraõiguslik juriidiline isik või füüsiline isik.

(5) Kui hankelingu esemeks olevad asjad või teenused on keerukad või eriotstarbelised, kontrollib hankija või pakkuja või taotleja asukohariigi pädev asutus kokkuleppel hankijaga pakkuja või taotleja tootmisvõimalusi või tehnilist pädevust ning vajaduse korral ka teadus- ja uurimistöö tegemise võimalusi ja rakendatavaid kvaliteedi tagamise meetmeid.

(6) Kui see on pakkuja või taotleja kvalifikatsiooni tõendamiseks vajalik ja asjakohane, võib pakkuja või taotleja tõendada oma tehnilise ja kutsealase pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele konkreetse hankelingu täitmise raames lisaks oma näitajatele ka teise isiku näitajate alusel vahendite ja meetmete või spetsialistide osas, sõltumata tema õiguslike suhete iseloomust selle isikuga. Selleks peab ta hankijale vastuvõetaval viisil tõendama, et sellel isikul on vastavad vahendid ja meetmed või spetsialistid olemas ning pakkujal või taotlejal on võimalik neid vajaduse korral hankelingu täitmiseks kasutada.

(7) Ühispakkujad või ühistaotlejad võivad oma tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse tõendamiseks tugineda teiste ühispakkujate või ühistaotlejate pädevusele, kui see on vastava kriteeriumi olemusest tulenevalt võimalik.

(8) Kui asjade hankelepingu esemeks on lisaks asjadele ka nende kohaletoomine või paigaldamine või kaasnevad teenused või ehitustööd, võib hankija kontrollida pakkuja või taotleja või käesoleva paragrahvi lõikes 6 nimetatud teise isiku kvalifikatsiooni nende teenuste osutamiseks või ehitustööde tegemiseks, arvestades eelkõige selle isiku tehnilist ja kutsealast pädevust.

(9) Kui hankija nõuab hanketeates sõltumatute asutuste tõendite esitamist selle kohta, et pakkuja või taotleja järgib kindlaid kvaliteedi tagamise standardeid, viitab ta asjakohastel Euroopa standardite seerialtel põhinevatele kvaliteedi tagamise süsteemidele, mis on kinnitatud sertifitseerimist käsitlevate Euroopa standardite seeriale vastavate asutuste poolt. Hankija tunnustab teiste Euroopa Liidu liikmesriikide asutuste samaväärseid tõendeid ja aktsepteerib muud pakkuja või taotleja esitatud tõendusmaterjali samaväärsete kvaliteedi tagamise meetmete kohta.

(10) Kui hankija nõuab hanketeates käesoleva paragrahvi lõike 1 punkti 6 alusel rakendatavate keskkonnajuhtimismeetmete nimekirja esitamist, viitab ta Euroopa Liidu keskkonnajuhtimis- ja auditeerimissüsteemile (*The Eco-Management and Audit Scheme – EMAS*) või asjakohastel Euroopa või rahvusvahelistel standarditel põhinevatele ja sertifitseerimist käsitlevatele Euroopa Liidu õigusaktidele või asjakohastele Euroopa või rahvusvahelistele standarditele vastavate asutuste kinnitatud keskkonnajuhtimise standarditele. Hankija tunnustab teiste Euroopa Liidu liikmesriikide asutuste samaväärseid tõendeid ja aktsepteerib muud pakkuja või taotleja esitatud tõendusmaterjali samaväärsete keskkonnajuhtimismeetmete kohta.

Lisa 3 – Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu ja seletuskiri

EELNÕU

RIIGIHANGETE SEADUSE MUUTMISE SEADUSE EELNÕU

§ 1. Riigihangete seaduses (RT I 2007, 15, 76; RT I, 06.07.2012, 13) tehakse järgmised muudatused:

1) paragrahvi 39 lõiget 1 täiendatakse järgmiste lausetega:

„Proportsionaalsuse ja vastavuse tagamiseks ei tohiks hankijad nõuda, et ettevõtjate miinimumkäive ületaks enam kui kahekordselt hankelepingu eseme eeldatavat maksumust, välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega. Hankijad ei tohiks seada referentsobjektile kõrgemaid nõudeid hankelepingu eseme eeldatavatest numbrilistest näitajatest, sh eeldatavast maksumusest.“

§ 2. Seaduse jõustumine

Seadus jõustub 2014. aasta 1. jaanuaril.

Riigikogu esimees

Ene Ergma

Tallinn “ “ _____ 2013

SELETUSKIRI

Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu juurde

1. Sissejuhatus

Ülemiste piiride seadmine varasemale netokäibe küsimisel ja referentsobjekte iseloomustavatele näitajatele on vajalik praktika ühtlustamise ning selguse huvides, aitab vähendada kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse üle püstituvate vaidluste hulka ning annab Rahandusministeeriumile ja Riigihangete Vaidlustuskomisjonile ette raamid tõhusama järelevalve- ja kontrollimenetluste teostamiseks.

Rahandusministeeriumi poolt koostatud riigihangete juhises on märgitud järgmist: "riigihangete seaduses ei ole konkreetselt kirjas netokäibele esitatavaid piirmäärasid ega maksimaalset summat. Samuti ei ole Rahandusministeerium välja töötanud konkreetset metoodikat või soovitusi netokäibe suuruse määramise osas. Eeltoodust tulenevalt otsustab hankija kvalifitseerimise tingimused ise, lähtudes konkreetsest hankelepingu esemest ning sobilikkuse ja proportsionaalsuse põhimõtetest." ¹⁹⁵

Rohelises raamatus Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta leitakse, et võib olla põhjendatud viia sisse EL-i eeskirjadesse ülemmäär kvalifitseerimise teatavate kvalitatiivsete nõuete puhul, eelkõige finantsseisundi kohta. Sellega võiks vältida olukorda, et hankijad kehtestavad ülemäära nõudlikud kvalifitseerimise kriteeriumid (nt käibe kohta), mis paratamatult välistab VKE-d. Selline meede arendaks veelgi edasi juba olemasolevat kohustust kohaldada proportsionaalseid kvalifitseerimise kriteeriumeid. ¹⁹⁶

Uue riigihangete direktiivi eelnõu põhjenduses nr 31 on pakutud aastakäibe nõude ülempiiriks hankelepingu kolmekordne maksumus. Riigihanke direktiivi 2011/438 eelnõu artikli 56 punktis 3 kohaselt: „avaliku sektori hankijad võivad nõuda ettevõtjatelt piisavat majanduslikku ja finantssuutlikkust. Selleks võivad nad nõuda ettevõtjatelt teatavat

¹⁹⁵ Karindi-Kask, E. jt (koost.). Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium, 2012. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca&groupId=11726

¹⁹⁶ Euroopa Komisjon. Roheline raamat Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Brüssel, 27.01.2011. - Arvutivõrgus: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ET:PDF>

minimaalset aastakäivet, sh teatavat miinimumkäivet lepinguga hõlmatud valdkonnas, ning piisavat ametialast vastutuskindlustust. Minimaalne aastakäive võib lepingu hinnangulist maksumust ületada maksimaalselt kolmekordselt, välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega. Avaliku sektori hankija näitab kõnealused erakorralised asjaolud ära hankedokumentides.“¹⁹⁷

Direktiivi eelnõus ega Rohelises raamatus pole esitatud vastavaid põhjendusi selle kohta, miks seada aastakäibe nõude ülempiiriks hankelepingu kolmekordne maksumus. Käesoleva seaduse muutmise eelnõu koostaja hinnangul on kahekordse määra küsimine on piisavalt proportsionaalne. Ettevõtja, kellel on olnud varasemalt vahendeid kahe sarnase maksumusega töö tegemiseks, omab eeldatavasti piisavat võimekust hankelepingu eseme teostamiseks.

Referentsobjekte iseloomustavatele näitajatele soovituslike piiride seadmine aitab samuti vältida hankijate poolt ülemääraste nõuete sätestamisest tulenevaid vaidlustusi ning suurendada konkurentsi.

Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõuga nähakse ette riigihangete seaduse paragrahvi 39 lg 1 täiendamine järgmiste lausetega:

„Proportsionaalsuse ja vastavuse tagamiseks ei tohi hankijad nõuda, et ettevõtjate miinimumkäive ületaks enam kui kahekordselt hankelepingu eseme eeldatavat maksumust, välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega. Hankijad ei tohiks seada referentsobjektile kõrgemaid nõudeid hankelepingu eseme eeldatavatest numbrilistest näitajatest, sh eeldatavast maksumusest.“

Eelnõu ja sellele lisatud seletuskirja koostas Veiko Faster.

2. Eelnõu eesmärk

Käesoleva eelnõu eesmärk on ülempiiride seadmine riigihangete seaduses kvalifikatsiooni kontrollimisel kohaldatavatele kaalutusõigust sisaldavatele kvalifitseerimistingimustele, eesmärgiga vähendada kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsuse küsimustes esilekerkivate vaidlustuste arvu ja suurendada konkurentsi.

¹⁹⁷ Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv riigihangete kohta, KOM(2011) 896 lõplik – 2011/0438 (COD). - Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=216168&name=DLFE-11502.pdf.

3. Eelnõu sisu

Paragrahvi 39 lõiget 1 täiendatakse järgmiste lausetega:

„Proportsionaalsuse ja vastavuse tagamiseks ei tohi hankijad nõuda, et ettevõtjate miinimumkäive ületaks enam kui kahekordselt hankelepingu eseme eeldatavat maksumust, välja arvatud nõuetekohaselt põhjendatud asjaoludel, mis on seotud ehitustööde, teenuste või asjade olemusest tulenevate eririskidega. Hankijad ei tohiks seada referentsobjektile kõrgemaid nõudeid hankelepingu eseme eeldatavatest numbrilistest näitajatest, sh eeldatavast maksumusest.“

4. Eelnõu terminoloogia

Eelnõus kasutatakse riigihangete seaduse senist terminoloogiat, võtmata kasutusele uusi termineid.

5. Eelnõu vastavus Euroopa Liidu õigusele

Eelnõu on kooskõlas EL õigusega.

6. Eelnõu mõjud

Riigihangete seaduse muudatused parandavad konkurentsitingimusi, kuna võimaldab pakkumusi esitada suuremal hulgal ettevõtjatel.

7. Seaduse rakendamisega vajaliku eeldatavad kulud ja tulud

Eelnõu rakendamisega ei kaasne täiendavaid kulusid.

8. Rakendusaktid

Eelnõu seadusena vastuvõtmisega ei kaasne rakendusaktide väljatöötamise vajadust.

9. Eelnõu kooskõlastamine

Eelnõu ei vaja riigi- ja omavalitsusasutuste seas kooskõlastamist ega avaliku konsultatsiooni läbiviimist.

10. Seaduse jõustumine

Seadus jõustub 2014. aasta 1. jaanuaril, andmaks hankijaile võimalust uue regulatsiooniga tutvuda ning lähtuvalt uuest regulatsioonist hankedokumente ette valmistada.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Veiko Faster, sünnikuupäev 25.05.1977,

annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose
„KVALIFITSEERIMISTINGIMUSTE PROPORTSIONAALSUS RIIGIHANKE-
MENETLUSTES“

mille juhendaja on Prof Kalle Merusk

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 03.05.2013